



CENTRO UNIVERSITÁRIO DE BRASÍLIA – UNICEUB
FACULDADE DE CIÊNCIAS JURÍDICAS E SOCIAIS – FAJS
CURSO DE DIREITO

MARIANNE GOMES DE AMARAL

**JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS
DE EDUCAÇÃO SOB O PRISMA DA
SEPARAÇÃO DOS PODERES**

**BRASÍLIA
2012**

Marianne Gomes de Amaral

**Judicialização das políticas públicas de
educação sob o prisma da separação dos
poderes**

Monografia de final do curso de
graduação em Direito desenvolvida por
Marianne Gomes de Amaral, sob a
orientação do Professor Álvaro Ciarlini.

**Brasília
2012**

Marianne Gomes de Amaral

**Judicialização das políticas públicas de
educação sob o prisma da separação dos
poderes**

Monografia de final do curso de
graduação em Direito desenvolvida por
Marianne Gomes de Amaral, sob a
orientação do Professor Álvaro Ciarlini.

Brasília, 08 de outubro de 2012.

Banca Examinadora

Professor Álvaro Ciarlini
Orientador

Professor José Rossini Campos

Professora Alice Rocha da Silva

Aos eternos amores da minha vida.

Aos meus pais, Juvenal e Márcia.

Aos meus irmãos, Belle, Dé e Lile.

Ao meu noivo, Bruno.

AGRADECIMENTO

Agradeço a toda a minha família pelo apoio, pela dedicação e pela confiança, desde os primeiros passos.

Agradeço especialmente a minha mãezinha Márcia e a meu amor Bruno, pelas tantas vezes que se dispuseram a ler o meu texto.

Agradeço ao meu primo João Marcos, pelas conversas, esclarecimentos e orientações jurídicas, essenciais ao meu crescimento acadêmico.

Agradeço imensamente pela orientação, paciência e incentivo ao orientador Álvaro Ciarlini.

“Como evitar que o bem comum da justiça não seja falsamente interpretado por uma nova casta de funcionários tão ameaçadora para a democracia quanto os burocratas de outrora? [...]”

Governo de juízes, activismo jurisdicional, protagonismo judicial, tentação da justiça redentora... São muitas as palavras que permitem designar os novos perigos que a justiça pode criar à democracia.

Como avançar neste debate passionai, frequentemente excessivo, entre a justiça e a democracia?”

Antoine Garapon em
O guardador de promessas

“Existe mais no formalismo, contudo, do que ciência do direito e superimposições de formas importadas inadequadas para as necessidades brasileiras. Em certos casos, o formalismo pode ser uma estratégia para promover mudanças sociais. [...]”

Por outro lado, há quem argumente que existem casos onde o formalismo é adotado como estratégia consciente, exatamente visando a evitar mudanças sociais. No Brasil, [...] é frequentemente mais fácil e socialmente menos polêmico para os opositores de uma lei destinada a efetuar mudanças fundamentais na sociedade, evitar sua implementação do que sua promulgação.”

Keith S. Rosenn em
O jeito na cultura jurídica brasileira

RESUMO

A judicialização é um fenômeno que vem ocorrendo em quase todos os países do Ocidente. No Brasil, ela decorre fundamentalmente das bases estipuladas pelo próprio legislador constituinte. Assim, pode-se destacar o modelo abrangente de controle de constitucionalidade e a procura por uma redemocratização como causas para o fenômeno no cenário brasileiro. Dessa forma, a judicialização das políticas públicas de educação decorre do controle judicial da constitucionalidade da ação ou da omissão dos Poderes públicos na busca pela concretização do direito à educação. Caso ocorra uma ação constitucionalmente inadequada ou uma omissão injustificada na efetivação do direito à educação se estará diante de uma inconstitucionalidade a ser repelida pelo Judiciário. Afinal, o direito à educação é um direito público subjetivo e, por isso, a sua concreta realização pode ser pleiteada na via judicial. Nesse contexto, o princípio da separação dos poderes pode ser apontado como um possível limite para a atuação do “Terceiro Poder” na esfera das políticas públicas. No entanto, entende-se que o Poder Judiciário está na verdade cumprindo a função delineada pela Constituição Federal de 1988 e que a discussão deve se pautar, em última análise, nos riscos para a democracia que a atuação incisiva do Poder Judiciário pode trazer.

Palavras-chave: Judicialização. Políticas públicas. Educação. Separação dos poderes.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO.....	9
1 JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS.....	13
1.1 Breve análise da judicialização nos países ocidentais.....	13
1.1.1 Considerações históricas.....	14
1.2 Constituição Federal brasileira e judicialização.....	17
1.3 A crescente intervenção judicial nas políticas públicas no Brasil	23
2 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: BASES PARA A JUDICIALIZAÇÃO.....	29
2.1 Breve estudo dos direitos fundamentais.....	29
2.1.1 Direitos fundamentais em dimensões.....	30
2.1.2 Características dos direitos fundamentais.....	33
2.1.3 Considerações finais.....	36
2.2 Direito à educação: relação com a dignidade da pessoa humana e natureza jurídica.....	37
2.2.1 Relação com a dignidade da pessoa humana.....	37
2.2.2 Natureza jurídica: direito social prestacional.....	39
2.2.3 Natureza jurídica: direito subjetivo público.....	40
2.2.4 Natureza jurídica: norma programática?	43
2.3 Mínimo existencial e reserva do possível: análise de pontos de divergência doutrinária.....	46
2.3.1 Mínimo existencial.....	46

2.3.2 Reserva do financeiramente possível.....	49
2.4 Judicialização das políticas públicas para a educação em concreto: análise do voto do Ministro Celso de Mello no ARE 639337 AgR/SP.....	52
2.4.1 Bases constitucionais para a atuação da Suprema Corte.....	52
2.4.2 Análise do voto.....	53
3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO UM POSSÍVEL LIMITE.....	59
3.1 Breve estudo da origem da Teoria da Separação dos Poderes.....	59
3.1.1 Aristóteles (século IV a.C.).....	60
3.1.2 John Locke (século XVII).....	61
3.1.3 Montesquieu (século XVIII).....	64
3.2 A visão contemporânea da Teoria da Separação dos Poderes.....	69
3.3 O atual papel do Poder Judiciário.....	74
3.3.1 O papel do Poder Judiciário no Estado Liberal: breves considerações.....	74
3.3.2 O Poder Judiciário no sociedade contemporânea.....	75
3.3.3 O Judiciário Paternalista e os riscos para a democracia.....	80
CONCLUSÃO.....	85
REFERÊNCIAS.....	89

INTRODUÇÃO

O presente trabalho possui como objetivo analisar se o fenômeno da judicialização das políticas públicas pode encontrar limite na separação das funções estatais, sendo este um princípio do Estado Democrático de Direito. Assim, em última análise, se pretende verificar se a judicialização das políticas públicas seria um prejuízo ou um benefício para o alcance de uma democracia consolidada, ainda não atingida no Brasil.

Como delimitação, utiliza-se o direito à educação, pois sua concretização é essencial para a própria solidificação da democracia. Afinal, é por meio da educação que se constroem cidadãos, pessoas capacitadas para o trabalho e plenamente desenvolvidas. Em outras palavras, uma vida minimamente digna depende do acesso à educação. Dessa maneira, o foco do presente estudo são as políticas públicas de educação.

O direito à educação é um direito social fundamental e é expressamente declarado como um direito público subjetivo, pelo que se obtém a autorização para que seja pleiteado judicialmente. Como direito que deve ser concretizado por meio de ações positivas do Estado, o direito à educação é objeto das chamadas políticas públicas.

Por ser o Poder Judiciário o destinatário das ações (individuais e coletivas) que buscam a satisfação do direito subjetivo e, ainda, legitimado para realizar o controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos, torna-se palco para que se discuta a omissão desses poderes na formulação e na implementação das políticas públicas de educação.

Nesse contexto, é extremamente importante que se discuta de que maneira o Poder Judiciário pode interferir nessa seara, extremamente política, de atuação dos Poderes Executivo e Legislativo, considerando que para a implementação das políticas públicas há a alocação expressiva de recursos financeiros do Estado.

Dessa maneira, há de se discutir se o Poder Judiciário quando exerce o controle judicial das políticas públicas, determinando como estas devem ser realizadas, estaria no cumprimento das suas funções, estabelecidas em âmbito constitucional, ou se estaria invadindo a esfera de atuação dos outros poderes.

Nesse sentido, há de se indagar se a judicialização das políticas públicas é pautada em atuação legítima do Judiciário ou se, ao contrário, se está violando a democracia, considerando que esta é o governo do povo e que o Poder Judiciário não é um poder representativo.

Caso se entenda que o envolvimento do Poder Judiciário com essas questões políticas é necessário para que se concretize o direito fundamental à educação, justificando sua atuação contramajoritária, há de se verificar até que ponto o “Terceiro Poder” pode agir enquanto os poderes naturalmente projetados para lidar com as políticas públicas se omitem na consolidação da democracia.

Nesse ponto, é relevante analisar se a separação dos poderes seria um limite para o controle judicial das políticas públicas ou se, ainda que exercendo a função delineada pelo Estado Social Democrático, o Poder Judiciário estaria agindo contra a democracia.

Em suma, o intuito é questionar se o Poder Judiciário pode atuar da maneira como vem fazendo no cenário brasileiro. Para essa pergunta vislumbram-se três respostas possíveis:

(1) O Judiciário vem atuando legitimamente, vez que exerce a função determinada pela Constituição Federal e o direito à educação propicia por suas características próprias, implícitas e expressas, bases para a ocorrência do fenômeno da judicialização.

(2) O Poder Judiciário não deve atuar dessa maneira, pois estaria violando a separação dos poderes, princípio essencial para o Estado Democrático de Direito, devendo deixar a cargo dos poderes representativos a consolidação do direito à educação.

(3) Ainda que a separação dos poderes não seja um empecilho à judicialização das políticas públicas de educação aqui no Brasil, pois seria este fenômeno encampado pela Constituição Federal, é importante que os poderes Executivo e Legislativo, como poderes majoritários, retomem a concretização das políticas públicas, sob pena de se frustrar a democracia.

Para a discussão das questões acima apresentadas dedicam-se três capítulos, divididos na seguinte disposição:

No primeiro capítulo do trabalho, estuda-se, de forma sucinta, o fenômeno da judicialização das políticas públicas: o que é, como ocorreu (considerações históricas, tanto no contexto ocidental, quanto no contexto brasileiro) e por que motivo vem se expandindo. O primeiro subcapítulo é direcionado para a judicialização no contexto ocidental. O segundo, destinado a análise da judicialização no Brasil, tendo como marco a promulgação da Constituição Federal de 1988. O terceiro, dedica-se a verificar quais as razões que têm levado à expansão da intervenção judicial nas políticas públicas no Brasil.

O segundo capítulo cuida do direito à educação e de que forma esse direito concede bases para a judicialização. O primeiro subcapítulo pretende realizar uma introdução aos direitos fundamentais, analisando suas principais características. O segundo, trata do direito à educação, por que motivo ele é essencial para a proteção da dignidade da pessoa humana e qual a sua natureza jurídica. Já o terceiro, cuida de pontos conflitantes relacionados aos direitos sociais, como o mínimo existencial, a reserva do possível e o custo dos direitos, voltando-se a discussão ao direito à educação. O quarto subcapítulo analisa o voto do Ministro Celso de Mello no ARE 639.337 AgR/SP, para que se observe a atuação do Supremo Tribunal Federal no controle judicial das políticas públicas de educação.

Por fim, o terceiro capítulo se dedica à teoria da Separação dos Poderes com o intuito de se verificar se esta serve a limitar a judicialização das políticas públicas. O primeiro subcapítulo analisa as origens da teoria da separação dos poderes, especificamente as doutrinas de Aristóteles, John Locke e Montesquieu. O segundo, dedica-se à visão contemporânea da separação dos poderes, vez que não se pode analisar se ela serve ou não como limite da

judicialização com base nas doutrinas clássicas. O terceiro subcapítulo, último do trabalho, direciona-se à análise do atual papel do Poder Judiciário, para que se verifique se ele está ou não a cumprir sua função diante do cenário delineado anteriormente.

Cabe ressaltar que o presente trabalho não possui a pretensão de esgotar o tema da judicialização das políticas públicas de educação e de quais devem ser os seus limites. Pretende-se, sim, analisar as questões delimitadas acima de forma sucinta, mas evita-se uma apreciação muito superficial. Com esse propósito, em muitos momentos do texto há notas explicativas, para destacar posicionamentos complementares e contrários.

1 DA JUDICIALIZAÇÃO DAS POLÍTICAS PÚBLICAS

1.1 Breve análise da judicialização nos países ocidentais

O protagonismo do Poder Judiciário no cenário das decisões morais e políticas é cada vez mais comum na maior parte dos países ocidentais, desde o final da Segunda Guerra Mundial. Em geral, essas decisões são tomadas pelas Cortes Constitucionais, órgãos de cúpula do Judiciário.

Trata-se de um fenômeno conhecido como “Judicialização da Política e das Relações Sociais”, conforme aponta Luiz Werneck Vianna (*et al.*, 1999: 10) em sua obra. O presente trabalho se concentra na judicialização das políticas públicas, em especial a política de educação.

Para Barroso (2012: 366), a Judicialização “significa que questões relevantes do ponto de vista político, social ou moral estão sendo decididas, em caráter final, pelo Poder Judiciário”, ocorrendo a transferência do poder das instâncias políticas tradicionais para a instituição judicial. Nesse contexto, Gisele Cittadino (2003: 17) estabelece:

“O protagonismo recente dos tribunais constitucionais e cortes supremas não apenas transforma em questões problemáticas os princípios da separação dos poderes e da neutralidade política do Poder Judiciário, como inaugura um tipo inédito de espaço público, desvinculado das clássicas instituições político-representativas.”

Em suma, judicializar é tornar judicial; é levar para o âmbito do Poder Judiciário questões que antes não lhe eram afins.

Presente na realidade brasileira, a judicialização alcança também “países de democracia avançada, como Alemanha, Itália, Espanha, França, Inglaterra e EUA, entre outros” (VIANNA *et al.*, 1999: 11), cada qual com sua particularidade e intensidade.

Dessa forma, importa destacar as principais mudanças históricas que possibilitaram a ocorrência do fenômeno da judicialização no contexto da sociedades ocidentais.

1.1.1 Considerações históricas

Desde a “revolta contra o formalismo”, ocorrida no século XX, deixou-se de se perceber a atuação dos juízes como simples exercício de lógica dedutiva, desprovida de qualquer valoração pessoal (CAPPELLETTI, 1999: 31-33).

Passou-se, então, a verificar que o papel dos juízes era “criativo” e que suas escolhas (discricionariedade, mas não arbitrariedade) possuíam implicações morais e políticas (CAPPELLETTI, 1999: 33).

A “revolta contra o formalismo”, por sua vez, derivou da “[...] radical mudança ocorrida no próprio papel do direito e do estado na sociedade moderna”, em razão do crescimento estatal e da expansão da função legislativa (CAPPELLETTI, 1999: 34-35).

A mudança radical a que se refere é a alteração do paradigma de Estado que passa do Estado Liberal para o Estado Social. O *welfare state*, conforme aponta Cappelletti (1999: 35), derivou, principalmente da atividade do Poder Legislativo.

Com a sua expansão, o Legislativo passou a exercer influência na política social e na política econômica do Estado, mediante a edição de leis relacionadas ao direito do trabalho, à saúde e às práticas concorrenciais, para exemplificar (CAPPELLETTI, 1999: 35).

Foi necessário que o aparato administrativo respondesse ao crescimento da atividade legislativa, para que pudesse “integrar e dar atuação prática” às novas leis, motivo pelo qual o Poder Executivo igualmente se agigantou (CAPPELLETTI, 1999: 39).

Como o Poder Judiciário não pode ignorar as modificações sofridas pelos demais Poderes, passou por alterações significativas, pelas quais se impôs aos juízes desafios novos. Em razão disso, o Judiciário assumiu parte da reponsabilidade com a política estatal (CAPPELLETTI, 1999: 46).

Nesse contexto, Mauro Cappelletti (1999: 18) aponta para um curioso paradoxo:

“[...] especialmente no século XX, o próprio fenômeno da impressionante expansão do direito legislativo – ocorrido tanto nos países de ‘Common Law’ quanto nos de ‘Civil Law’ –, constituiu, como veremos, uma das principais causas do ulterior fenômeno da geral, e não menos impressionante, expansão no mundo moderno também do direito judiciário, ou ‘jurisprudencial’ e, assim, do papel criativo dos juízes.”

Assim, em última análise, o Poder Legislativo quando passa a exercer ativamente a função legislativa, abre espaço para que o Judiciário se expanda. Afinal, o Judiciário atua com fundamento no ordenamento jurídico, que aumentado fornece mais bases para a atividade jurisdicional.

Em todo caso, foi com a superação do Estado Liberal que se deixou de considerar a atividade legislativa como superior às demais atividades estatais e a lei como fonte primordial do direito. No liberalismo, se pretendia que o Estado se abstivesse de atuar para que não interferisse na esfera individual dos cidadãos, resguardando os direitos de liberdade (FERRAZ JUNIOR, 1994: 14).

Igualmente, com a superação do Estado liberal iniciou-se a consolidação do Estado constitucional de direito. Só então a Constituição, antes vista como mero “documento político”, conquistou a posição de centralidade no ordenamento jurídico e adquiriu *status* de norma jurídica (BARROSO, 2012: 365).

A mudança do papel do Judiciário decorreu também do controle judicial da constitucionalidade das leis. Assim, a justiça constitucional é aspecto essencial da expansão do Poder Judiciário (CAPPELLETTI, 1999: 46).

A esse respeito Nuno Piçarra (1989: 259) destaca :

“Dentre os vários tipos de controle interorgânico ou intraestadual avultam os controles jurisdicionais, quer da legalidade da administração quer da constitucionalidade da legislação, evidenciando a ascensão nítida do poder judicial que é, por isso, hoje a contra-imagem do” poder nulo “preconizado por Montesquieu.”

Com o Estado do Bem-estar Social e o surgimento dos direitos sociais, passou-se a exigir do Estado não só a sua abstenção para que consolidasse

e respeitasse as garantias de liberdade, mas a sua atuação em relação aos direitos sociais, como saúde e educação, que exigem uma prestação estatal positiva (FERRAZ JUNIOR, 1994: 18). Nesse sentido:

“A transição do Estado liberal para o Estado social, a partir da Revolução Industrial e dos movimento de afirmação democrática, altera o paradigma de reconhecimento meramente formal dos direitos fundamentais, vinculando os poderes estatais ao cumprimento de programas de implementação desses direitos. [...] O Estado tornou-se social, no sentido de que a proteção dos direitos humanos exige interferência ativa para a supressão da miséria e o conseqüente resgate da dimensão humana (CANELA JUNIOR, 2011: 53).”

Com o advento do Estado Social alterou-se, como dito, também a posição do juiz, que sofreu uma “desneutralização política”, tornando-se corresponsável na consecução das finalidades do Estado, pelo que deve atuar corrigindo os desvios da política pública (FERRAZ JUNIOR, 1994: 19).

A essas modificações pode-se indicar como principal marco histórico o encerramento da Segunda Guerra Mundial e é, por isso, que é a partir de então que o Poder Judiciário assume o papel de destaque, dando bases ao fenômeno da judicialização.

Afinal, duas ideias restaram claras com a guerra: a de que a sociedade, cada vez mais complexa, não pode conviver com uma desigualdade excessiva e a de que os direitos fundamentais são muito preciosos, devendo ser protegidos ao máximo. Assim, passou-se a entender que a Constituição e os direitos fundamentais que ela protege devem assumir o mais alto *status* dentro do ordenamento jurídico.

Além disso, em razão da complexidade e da massificação da sociedade, promovida pelo desenvolvimento tecnológico, os conflitos judiciais passaram a “admitir e a exigir novas formas de direito de ação (*class action*, ação civil pública)” (FERRAZ JUNIOR, 1994: 19).

Nesse contexto, o fenômeno da judicialização ganha espaço, pois o Judiciário passa a atuar fortemente na busca da realização do texto da Constituição, mormente dos direitos fundamentais sociais (XIMENES E RIBEIRO, 2009).

Como mencionado, o Poder Judiciário é investido da capacidade de interpretar o direito constitucional, ocorrendo a modificação da sua atividade tradicional de mera subsunção do fato à lei. Passa, então, a analisar a realidade a partir de valores e princípios da Carta Magna (XIMENES E RIBEIRO, 2009).

Essa competência do Judiciário de interpretar o direito constitucional é fruto da jurisdição constitucional, pela qual exerce o controle da constitucionalidade dos atos dos demais poderes estatais.

A atuação da jurisdição constitucional cada vez mais vem se consolidando nas democracias contemporâneas “como mecanismo de defesa da Constituição e de concretização das suas normas asseguradoras de direitos” (CITTADINO, 2002: 18).

Dessa maneira, percebe-se que os pontos cruciais para o empoderamento do Judiciário, permitindo a ocorrência da judicialização, são: o encerramento da posição de neutralidade do Judiciário; a assunção da posição de norma suprema dentro do ordenamento jurídico pela Constituição e a expansão da jurisdição constitucional.

Visto de forma breve o contexto mundial da judicialização, há de se analisar as peculiaridades atinentes ao fenômeno no cenário nacional. Como se verá adiante, no Brasil, o empoderamento do Poder Judiciário é maior do que em muitos países que presenciam esse fenômeno, seja pelas circunstâncias que permeiam a Constituição Federal vigente, seja pela realidade política vivenciada.

1.2 Constituição Federal brasileira e judicialização das políticas públicas

Cada país possui sua história. Cada qual com seu passado, suas revoluções, seus movimentos, suas conquistas, sua Constituição, seus porquês. Assim, um fenômeno que envolve tantas áreas diferentes – jurídica, política, social, econômica – não poderia ocorrer de forma idêntica em todos os países.

Cabe, assim, estudar quais os motivos que privilegiaram a judicialização no cenário brasileiro.

Como lecionam diversos autores¹, a judicialização das políticas públicas e das relações sociais no Brasil, diversamente de outros lugares, ocorreu em grande parte por iniciativa do legislador constituinte.

Giselle Cittadino (2003: 15-16) justifica esse fato pelo costume que se tem no Brasil de “fazer do direito e de suas instituições um recurso de modelagem social”.

Desse modo, a Constituição Federal de 1988 é, de forma amplamente significativa, responsável pela expansão da atuação do Poder Judiciário brasileiro, pois concedeu a ele não só a função de “fiscal da legalidade” como a de “guardião da legitimidade”, aperfeiçoando o “controle judicial da atuação dos demais Poderes públicos” (FERREIRA FILHO, 2011: 206).

Aponta-se, ainda, que o descrédito vivenciado pelos poderes políticos – Legislativo e Executivo – influenciou na escolha da posição de destaque dada pela Constituição ao Poder Judiciário. Afinal, para a sociedade em geral, a atuação dos poderes majoritários é baseada em interesse próprio ou de grupos parciais, em vez de pautar-se no interesse público (FERREIRA FILHO, 2011: 229).

Por outro lado, à época da elaboração do texto constitucional, o Judiciário era visto pela opinião pública “como uma elite instruída e não corrompida, portanto, confiável” (FERREIRA FILHO, 2011: 229).

Também as modificações ocorridas na composição do governo brasileiro foram uma circunstância determinante para a mudança do papel do Poder Judiciário no nosso ordenamento.

Explica-se: as lideranças antes preocupadas com “os valores da tradição republicana brasileira” passaram a ser constituídas por comandos que pretendiam adequar a realidade do país à globalização, enaltecendo o mercado como definidor das relações sociais. Isso acarretou o “desalinhamento [...] das ações governamentais em relação ao texto constitucional recém-aprovado” (VIANNA *et al.*, 1999: 9-10).

¹ Como por exemplo: Gisele Cittadino, Manoel Gonçalves Ferreira Filho e Luiz Werneck Vianna.

Como resultado, se instituiu uma “linha de tensão” entre o Poder Judiciário, seguidor da filosofia política da Constituição de 1988, e os Poderes Legislativo e Executivo, defensores de uma agenda neoliberal, que possuíam o intuito de que fossem instauradas “as autênticas liberdades e a modernização do país”, tudo isso de forma artificial (VIANNA *et al.*, 1999: 10).

Nesse contexto, ressalta-se que, nos anos que se seguiram à promulgação da Carta Magna, o Poder Executivo ganhou força no cenário brasileiro, sobretudo pelo uso excessivo de medidas provisórias, instrumentos capazes de regular a sociedade, mormente no contexto econômico (VIANNA *et al.*, 1999: 51).

Em decorrência desse empoderamento, acompanhado pela submissão do Poder Legislativo – principalmente pelo crescente controle de sua agenda pelo Executivo, se deu o aumento da impotência das minorias, o que acarretou na convocação do Judiciário para o exercício do contrapeso, a fim de combater a prevalência da maioria (VIANNA *et al.*, 1999: 51).

Isso confirma, segundo indica Vianna (1999: 51), “as hipóteses de Tate e Vallinder² sobre a judicialização da política como um recurso das minorias contra as maiorias parlamentares”.

A relação entre o deficitário Legislativo e o poderoso Executivo exerce influência no fenômeno da judicialização aqui no Brasil. Isso porque a submissão do primeiro ao segundo contribui para o enfraquecimento da democracia brasileira, o que justifica uma breve abordagem do tema:

“A ultrapassagem da deliberação parlamentar, cujo sintoma mais visível está nas sucessivas reedições das Medidas Provisórias, que ganham eficácia sem passar pelo crivo da controvérsia e da aprovação da representação popular, expressaria o atual estado de assimetria entre esses dois Poderes [Executivo e Legislativo]. O fato de essa ultrapassagem se revestir de uma aparência consensual – o Parlamento opta por não votar as Medidas Provisórias – apenas camuflaria os complexos mecanismos de cooptação com que o Executivo tem agido sobre grande parte da sua maioria parlamentar, concedendo a ela, em contrapartida ao seu silêncio obsequioso, a liberação de recursos para projetos de interesse de suas bases eleitorais (VIANNA *et al.*, 2003: 8-9).”

² Tate e Vallinder são cientistas políticos que estudaram o fenômeno da judicialização em 1995.

Dessa forma, a postura predadora do Poder Executivo, e a consequente mitigação da democracia, acarretou no chamamento do Poder Judiciário, no uso do sistema de “*checks and balances*”, que passou a ser palco da busca pelo fortalecimento dos grupos minoritários – dos novos sujeitos de direito, concretizando o texto constitucional (VIANNA *et al.*, 1999: 51).

Afinal, “é nesse cenário de ‘tirania da maioria’ que a sociedade acabou por se encontrar com a vontade do legislador constituinte [...]”, pelo que foi o Judiciário “[...] convocado ao exercício dos papéis constitucionais que o identificam como guardião dos valores fundamentais” (VIANNA *et al.*, 1999: 11).

Nesse contexto, é possível verificar a ocorrência da judicialização no Brasil por três grandes motivos: (1) a **redemocratização do país**, efeito consequente, sobretudo, da promulgação da Carta de 1988; (2) a **constitucionalização abrangente**, revelando o deslocamento de matérias antes disciplinadas por normas infraconstitucionais para o âmbito constitucional; e o (3) **sistema de controle de constitucionalidade** (BARROSO, 2008: 3-4).

Analisando a primeira causa, nota-se que, com a promulgação da Constituição de 1988, o Judiciário foi fortalecido e o acesso à justiça intensificado. As garantias das funções jurisdicionais foram recuperadas, o poder do Ministério Público expandido, e as Defensorias Públicas vêm sendo implementadas em todo o país. A democracia privilegiou a cidadania, pois o acesso da população ao Judiciário foi facilitado (BARROSO, 2008: 3).³

A esse propósito Flávia Piovesan (2010: 54) destaca a importância da Carta de 1988 como marco da transição do período ditatorial para o democrático e fonte de diversos avanços na consolidação dos princípios e direitos fundamentais, estabelecendo:

“O texto constitucional demarca a ruptura com o regime autoritário militar instalado em 1964 e reflete o consenso democrático “pós-ditadura”. Após pouco mais de duas décadas de regime autoritário, objetiva a Constituição resgatar o Estado de Direito, a separação dos

³ A ampliação do acesso à justiça se deu ao longo do século XX nos ordenamentos jurídicos ocidentais e faz parte do que Cappelletti e Garth denominaram ondas renovatórias do Direito (AMARAL, 2009: 51).

poderes, a Federação, a democracia e os direitos fundamentais, à luz do princípio da dignidade humana.”

Entre os movimentos sociais que buscavam a redemocratização no Brasil, pode-se destacar: os de defesa dos direitos humanos, especialmente a vida e a integridade física dos que lutavam contra o regime autoritário presente no país, na década de 70; a restauração dos direitos de participação política em meados dos anos 80; o processo constituinte – com a participação de diferentes setores da sociedade civil – que desaguou na CF/88; e, nos anos 90, o combate à violação dos direitos fundamentais (CITTADINO, 2003: 24).

Gisele Cittadino (2003: 24-25) complementa: “tudo isso faz com que a linguagem dos direitos seja definitivamente incorporada ao debate político e ao ordenamento jurídico brasileiros”.

Igualmente, Luiz Werneck Vianna (1999: 9) destaca a importância desse “novo” papel do Poder Judiciário na consolidação da democracia brasileira, com o seu crescente envolvimento com as questões da sociedade. Assim,

“[...] o Judiciário, antes um Poder periférico, encapsulado em uma lógica com pretensões autopoieticas inacessíveis aos leigos, distante das preocupações da agenda pública e dos atores sociais, se mostra uma instituição central à democracia brasileira, quer no que se refere à sua expressão propriamente política, quer no que diz respeito à sua intervenção no âmbito social (VIANNA *et al.*, 1999: 9).”

Por sua vez, em razão da constitucionalização do direito brasileiro – o segundo motivo para a ocorrência da judicialização no Brasil – matérias anteriormente tratadas pela legislação ordinária foram incorporadas à Constituição, evitando que estivessem sujeitas ao “processo político majoritário” (BARROSO, 2008: 4), muito menos sólido e estável que o constituinte.

Nesse contexto, é válido ressaltar a doutrina de Flávia Piovesan (2010: 56):

“A ordem constitucional de 1988 acabou por alargar as tarefas do Estado, incorporando fins econômico-sociais positivamente vinculantes das instâncias de regulação jurídica. A política deixa de ser concebida como um domínio juridicamente livre e constitucionalmente desvinculado.”

Essa ideia de vinculação resultante da constitucionalização será trabalhada no próximo capítulo, pelo significado que possui em campo de direitos fundamentais.

Em relação à terceira causa, isto é, o amplo alcance do sistema de controle constitucional realizado pelo Poder Judiciário brasileiro, observa-se que diversas questões podem ser levadas a julgamento pelo Supremo, desde que sejam, em algum aspecto, socialmente relevantes (BARROSO, 2008: 4).

Nessa seara, é significativa a amplitude do rol de legitimados para a propositura de ações diretas, previsto no art. 103 da CF/88⁴, denominado por Vianna (*et al.*, 1999: 47) de “comunidade de intérpretes”, em alusão à Peter Härbele.

Com efeito, é possível estabelecer, uma vez mais, a diferença entre os processos estrangeiros de judicialização e o processo brasileiro, que resulta do modelo de controle constitucional adotado:

“O processo institucional que tem aproximado o Brasil de uma judicialização da política, levando o Judiciário a exercer controle sobre a vontade do soberano, resulta [...] de se ter adotado o modelo de controle abstrato da constitucionalidade das leis com a intermediação de uma ‘comunidade de intérpretes, e não, como em outros casos nacionais, da assunção de novos papéis por parte de antigas instituições (VIANNA *et al.*, 1999: 47).”

Também Manoel Gonçalves Ferreira Filho (2011: 223) ressalta o modelo como impulsionador à judicialização da política, mediante o qual “o papel do Judiciário torna-se acentuadamente de caráter político”.

Destaca o autor, dentro desse contexto, a ação declaratória de constitucionalidade (ADC) que passa a compor o modelo com a emenda constitucional nº 03 de 1993. A mesma emenda estabeleceu a eficácia *erga omnes* e o efeito vinculante da decisão definitiva do STF em sede de ADC, tendo sido esta previsão estendida às ações diretas de inconstitucionalidade com a EC 45/2004, e, antes, pela lei 9.868/99 (FERREIRA FILHO, 2011: 218-223).

⁴ Luís Roberto Barroso (2008: 4) igualmente destaca a extensão do art. 103, CF, como contribuinte à abrangência do modelo de constitucionalidade brasileiro.

Em suma, no Brasil, a judicialização se dá muito mais pelo papel atribuído ao Poder Judiciário pela Constituição de 1988 do que por “uma opção ideológica, filosófica ou metodológica da Corte” (BARROSO, 2008: 6).

Cumpre-se, dessa maneira, a vontade do legislador constituinte, que se esforçou para implementar no país um modelo democrático, após mais de 20 anos de ditadura militar, buscando ampliar o acesso à Justiça e resgatar o Estado de Direito.

Como o foco do presente trabalho é a “judicialização das políticas públicas”, conforme se estabeleceu anteriormente, faz-se necessária uma análise da crescente intervenção judicial especificamente no âmbito dessas políticas.

1.3 A crescente intervenção judicial nas políticas públicas do Brasil⁵

Um dos alicerces da intervenção judicial nas políticas públicas é a busca pela efetivação dos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, fixados pelo art. 3º da Constituição de 1988⁶ (GRINOVER, 2010: 12).

A esse respeito pode-se dizer:

“De acordo com os parâmetros traçados pela Constituição Federal, o Estado brasileiro estabeleceu objetivos claros, todos insertos no respectivo art. 3º. Os verbos utilizados são indicativos da conduta pró-ativa do Estado: construir, garantir, erradicar, reduzir e promover. O sentido de realização é evidente, constituindo componente primordial para a compreensão das chamadas políticas públicas (CANELA JUNIOR, 2011: 57).”

Os objetivos fundamentais do Estado brasileiro se coadunam com o Estado Social, pois buscam promover uma necessária mitigação das desigualdades

⁵ Exemplo dessa crescente intervenção judicial na política no Brasil é o anteprojeto produzido pela jurista Ada Pellegrini Grinover que regulamenta o controle jurisdicional das políticas públicas. O intuito do anteprojeto é estabelecer parâmetros e requisitos para ocorrência desse controle, bem como designar novas figuras processuais que atendam a essa intervenção. Pretende ainda evitar que decisões judiciais inviabilizem o funcionamento da Administração Pública e, por outro lado, possibilitar ao juiz o acesso aos dados pertinentes à questão em demanda, para que ele possa decidir de forma justa.

⁶ Art. 3º, CF. Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional; III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação. (CF, 1988)

sociais. Para a realização desses objetivos é necessário que todos os poderes públicos trabalhem de forma conjunta, modificando a realidade (GRINOVER, 2010: 12).

É por meio de diversas medidas conformadoras das políticas públicas que esses “programas constitucionalmente delineados” e “os sistemas públicos necessários à efetivação dos direitos sociais” são implementados (DUARTE, 2006: 270).

O que são políticas públicas? Para Maria Paula Bucci (2009: 11):

“As políticas públicas devem ser compreendidas como arranjos institucionais complexos, expressos em estratégias formalizadas ou programas de ação governamental, visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados, e resultam de processos conformados juridicamente.”

De forma mais simples, as políticas públicas são todos os atos dos poderes públicos que se direcionam para a concretização dos objetivos inseridos no texto constitucional, especificamente no art. 3º da Carta Magna, como dito (CANELA JUNIOR, 2011: 57).

Não há dúvidas que, preponderantemente, as políticas públicas serão realizadas por meio dos Poderes Executivo e Legislativo, em razão de suas características próprias (CANELA JUNIOR, 2011: 86).

Principalmente, depende-se da atuação da administração pública para que os “comandos gerais contidos na ordem jurídica” sejam concretizados (BARCELLOS, 2006: 10).

Contudo, por se tratarem de políticas públicas voltadas para a efetivação de objetivos fundamentais e satisfação de direitos sociais, quando ocorre a omissão desses poderes na formulação e implementação dessas políticas, ou uma

atuação inadequada, o Judiciário pode ser convocado a atuar (CANELA JUNIOR, 2011: 87).⁷

Cabe ressaltar a lição de Celso Bandeira de Mello (2011: 12-13):

“Uma norma jurídica é desobedecida quer quando se faz o que ela proíbe, quer quando não se faz o que ela determina. Com efeito, sendo a Constituição um plexo de normas jurídicas – e normas de nível supremo –, é inevitável concluir-se que há violação à Constituição tanto quando se faz o que ela inadmite como quando se omite fazer o que impõe. E, se omissão houver, ficará configurada uma inconstitucionalidade.”

Dessa forma, em se tratando de uma omissão ou ação inconstitucional, os atos conformadores das políticas públicas estarão sujeitos ao controle de constitucionalidade, que é exercido pelo Poder Judiciário. Osvaldo Canela Júnior (2011: 40) entende que:

“Todo ato que cause uma lesão a direito fundamental estará, pois, sujeito a controle, uma vez que atuação estatal vincula-se à Constituição. As lesões, por outro lado, podem decorrer de conduta comissiva ou omissiva do Estado, gerando, como consequência, a obrigação de realizar prestações negativas ou positivas.”

Pode-se dizer, então, que o Poder Judiciário controla a constitucionalidade dos atos dos poderes públicos não só evitando a violação direta ao texto constitucional, mas também impedindo que as políticas públicas sejam formuladas e executadas em descompasso com as finalidades do Estado (GRINOVER, 2010: 14). Ou não sejam formuladas.⁸

Afinal, conforme conclui Ana Paula Barcellos (2006: 13 – grifo no original): “se a Constituição contém normas nas quais estabeleceu fins públicos prioritários, e se tais disposições são normas *jurídicas*, dotadas de *superioridade* hierárquica e de *centralidade* no sistema”, pode-se dizer que até mesmo a definição das políticas públicas deve estar sujeita ao controle jurídico.

Também nesse sentido, Andreas Krell (2002: 100) estabelece:

⁷ A esse propósito, Andreas Krell (2002: 87) leciona: “A consequência do não atendimento aos preceitos constitucionais por omissão legislativa ou administrativa pode resultar numa inconstitucionalidade permanente, que leva à desestabilização política.”

⁸ “Assim, no contexto das Constituições do Estado Social, que incorporaram em seu catálogo um extenso rol de direitos sociais, o grande desafio é conter os abusos causados pela inércia estatal no cumprimento do dever de realizar prestações positivas.” (DUARTE, 2006: 269)

“[...] as questões ligadas ao cumprimento das tarefas sociais como a formulação das respectivas políticas, no Estado Social de Direito não estão relegadas somente ao Governo e à Administração Pública, mas têm o seu fundamento nas próprias normas constitucionais sobre direitos sociais; a sua observação pode e deve ser controlada pelos tribunais.”

Assim, observa-se que a atuação do Poder Judiciário na implementação das políticas públicas depende da ação ou da omissão inconstitucional dos Poderes Executivo e Legislativo, quando estes violam os preceitos constitucionais ou deixam de cumpri-los.

Afinal, “não se atribui ao Poder Judiciário o poder de criar políticas públicas, mas tão-só de impor a execução daquelas já estabelecidas nas leis constitucional ou ordinárias” (KRELL, 2002: 94). O controle judicial das políticas públicas ocorre exatamente quando se verifica uma inconstitucionalidade, ou até mesmo quando há a violação a regras estabelecidas em leis ordinárias.

Nesse contexto, Andreas Krell (2002: 22) institui:

“Em princípio, o Poder Judiciário não deve intervir em esfera reservada a outro Poder para substituí-lo em juízos de conveniência e oportunidade, querendo controlar as opções legislativas de organização e prestação, a não ser, excepcionalmente, quando haja uma violação evidente e arbitrária, pelo legislador, da incumbência constitucional.”

Porém, para que haja um controle legítimo das políticas públicas é necessário que se definam parâmetros e critérios dentro dos quais o Poder Judiciário pode agir, vez que “a atuação judicial revisora dos atos do Poder Executivo ou Legislativo [...] não pode usurpar as atribuições próprias daqueles Poderes, cujos titulares neles foram investidos por força do voto” (BUCCI, 2009: 9).

Nesse sentido, Ada Pellegrini Grinover (2010: 17) prescreve determinados requisitos a que o controle judicial das políticas públicas deve obedecer, com o intuito de limitar essa intervenção do Poder Judiciário. São eles:

“(1) o limite fixado pelo mínimo existencial a ser garantido ao cidadão; (2) a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e (3) a existência de disponibilidade financeira do Estado para tornar efetivas as prestações positivas dele reclamadas.”

Ana Paula Barcellos (2006) também propõe que o controle de políticas públicas seja submetido a parâmetros a serem construídos pelo desenvolvimento teórico do tema.

Para ela, o ponto inicial é definir, a partir do texto constitucional, em seus dispositivos referentes aos direitos fundamentais, quais são as metas constitucionais prioritárias, isto é, quais os direitos devem ser primeiramente concretizados pela administração pública (BARCELLOS, 2006: 15).

Nesse contexto, a Constituição Federal de 1988 indica “parâmetros puramente objetivos”, que estão relacionados com a quantidade de recursos que devem ser direcionados para a efetivação de determinadas políticas públicas. Como exemplo, pode-se apontar: o art. 212, que trata da educação, o art. 198, § 2º, que dispõe da saúde e o art. 195 da Constituição, que cuida da seguridade social (BARCELLOS, 2006: 17).

Um segundo parâmetro proposto pela autora é o que leva em conta “o resultado final esperado” pela implementação das políticas públicas, que, com efeito, representa a concretização dos objetivos constitucionais de forma efetiva. Ana Paula Barcellos (2006: 19) ainda alerta que esse parâmetro depende de uma construção hermenêutica.

O terceiro parâmetro, mais complexo dos três, propõe a análise da eficiência das escolhas feitas pelo administrador público, levando em consideração as metas estipuladas pela Constituição. As escolhas do administrador devem ser minimamente eficientes, devendo ser, por isso, eliminadas as hipóteses de ineficiência comprovada (BARCELLOS, 2006: 21). A esse propósito Andreas Krell (2002: 106) também se manifesta:

“Em todo caso, o administrador está vinculado ao cumprimento das normas da ordem social o que resulta na obrigação à implementação das políticas públicas necessárias ao efetivo exercício dos direitos sociais; não há discricionariedade a respeito da “oportunidade ou conveniência” da sua realização, mas somente no que diz respeito à escolha da melhor forma do cumprimento da finalidade constitucional ou legal.”

Dessa forma, se estabelece que o Judiciário poderá atuar onde houver falha ou omissão dos poderes políticos, uma vez que sua atuação se justifica ante uma inconstitucionalidade. Além disso, essa atuação deve se pautar em critérios mínimos para que não se configure uma ilegitimidade diante dos princípios democráticos.

Como mencionado anteriormente, o presente trabalho se propõe a analisar a judicialização das políticas públicas de educação. Desse modo cabe estudar de que maneira o direito à educação fornece bases para a ocorrência do fenômeno.

2 DIREITO SOCIAL À EDUCAÇÃO: BASES PARA A JUDICIALIZAÇÃO

2.1 Breve Estudo dos Direitos Fundamentais

Segundo preceitua Konrad Hesse (2009: 33), os direitos fundamentais possuem como escopo a criação e a manutenção das “condições elementares para assegurar uma vida em liberdade e a dignidade humana”, o que somente é possível quando os indivíduos são tão livres quanto a comunidade em que vivem.

A essa concepção dos direitos fundamentais como protetores da dignidade da pessoa atrela-se a evolução do próprio direito constitucional, juntamente com a noção de que seria a Carta Magna o texto normativo adequado a receber a positivação de tais direitos (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 231).

Isto se justifica porque somente inseridos no texto constitucional é que poderiam os direitos fundamentais ser resguardados da vontade do legislador ordinário, muito mais efêmero que o legislador constituinte. Nesse sentido, a lição de Paulo Gonet:

“Correm paralelos no tempo o reconhecimento da Constituição como norma suprema do ordenamento jurídico e a percepção de que os valores mais caros da existência humana merecem estar resguardados em documento jurídico com força vinculativa máxima, indene às maiorias ocasionais formadas na efervescência de momentos adversos ao respeito devido ao homem (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 231).”

Ademais, somente previstos no texto da Constituição é que estariam sujeitos à proteção do controle jurisdicional de constitucionalidade e seriam entendidos e aplicados como normas jurídicas vinculantes “e não como trechos ostentatórios aos jeitos das grandes ‘declarações de direito’” (CANOTILHO, 2003: 378).

A relação entre a Constituição e os direitos fundamentais é tão sólida que Cruz Villalon (*apud* CANOTILHO, 2003: 377) posiciona-se no sentido de que “onde não existir constituição não haverá direitos fundamentais”.

2.1.1 Direitos fundamentais em dimensões

Partindo para a análise dos direitos fundamentais em si, tem-se que estes são divididos, principalmente, em três gerações⁹: a primeira geração, que representa os direitos ligados à liberdade; a segunda, indicando os direitos relacionados à igualdade; e a terceira, que corresponde aos ideais de fraternidade ou solidariedade (BONAVIDES, 2006: 562-570).¹⁰

Cabe inicialmente ressaltar que essa separação em gerações se dá em virtude de a evolução desses direitos ter ocorrido em momentos históricos distintos. Entretanto, essas gerações, também denominadas dimensões, não passam de ramificações progressivas dos direitos inerentes à vida digna de um homem. Outrossim, não há falar que uma geração posterior invalide a geração anterior, devendo-se “situar todos os direitos num contexto de unidade e indivisibilidade” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 234). Nesse sentido:

“[...] as sucessivas gerações de direitos, a rigor, não passam de *especificações*, como novos direitos, de um núcleo originário ou de um conteúdo essencial de direito inerentes à dignidade humana, e que vai se revelando, progressivamente, à medida que tomamos consciência de que a fórmula inicial – por sua generalidade e abstração –, já não atende às necessidades do homem concreto, como sujeito de direito que exigem tratamento diferenciado, para se tornarem efetivos, dada a singularidade dos seus titulares (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 709 – grifo no original).”¹¹

Por outro lado, Cançado Trindade (2005: 622-625)¹² entende que essa classificação em gerações – “inconvincente, historicamente indemonstrável e juridicamente infundada” – trouxe prejuízo aos direitos humanos, que por muitas

⁹ Prefere-se o termo “dimensões” para que se evite a ideia de superação entre as categorias. No entanto, entendeu-se por bem utilizar a terminologia adotada por cada autor citado.

¹⁰ Há ainda os direitos de quarta e quinta gerações que vêm sendo mais e mais trabalhados pela doutrina, mas que pouco acrescentam ao foco ora pretendido – uma simples introdução ao tema.

¹¹ Anteriormente, Norberto Bobbio (1992: 62) trabalha a concepção de “especificações” em seu livro “A era dos direitos”, revelando que a especificação “consiste na passagem gradual, porém cada vez mais acentuada, para uma ulterior determinação dos sujeitos titulares de direito”, isto é, nada mais são que decorrentes do surgimento de novos sujeitos de direitos, que se dá em razão da evolução da complexidade da própria sociedade. Também nesse sentido, a ministra Carmem Lúcia (1996) aduz: “Não há, assim, a superação de uma por outra ‘geração de direitos’, mas sim uma soma de liberdades conquistadas e que se amalgamam compondo um novo subsistema constitucional de direitos fundamentais e um novo sistema jurídico informado por eles, que lhe são o embasamento essencial.”

¹² Trata-se de pós-fácio de Antônio Augusto Cançado Trindade inserido no livro “Os rumos do direitos internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade” de 2005.

vezes são violados em nome da concretização de uma ou outra geração, e ressalta que “a visão fragmentada dos direitos humanos interessa sobretudo aos regimes autoritários”.

Continua Cançado Trindade (2005: 624) dizendo que somente por meio de uma integralização dos direitos humanos é que podemos nos proteger dessas “distorções”. Por fim acrescenta: “os ‘novos direitos’ [...] somam-se aos direitos ‘pré-existentes’, igualmente importantes, para ampliar e fortalecer a proteção devida, sobretudo aos mais fracos e vulneráveis”.

Ainda que se esteja diante de admirável posição jurídica, adota-se neste texto a divisão em dimensões (ou gerações) com a finalidade de trabalhar mais didaticamente os direitos fundamentais, e, posteriormente, limitar o estudo aos direitos sociais – em especial o direito à educação. Desta forma se prossegue:

Os **direitos de liberdade**, os de primeira geração, são os direitos civis e políticos, que têm por titulares os indivíduos e se arquitetam como direitos de oposição ao poder estatal, tendo sido os primeiros a constarem dos textos constitucionais, já na fase inicial do constitucionalismo ocidental (BONAVIDES, 2006: 563-564). São direitos típicos do Estado de Direito Liberal.

Estes direitos possuem como objetivo a preservação de valores considerados naturais, inalienáveis e universais – a exemplo da vida, da liberdade e da propriedade – “e, como titulares, sujeitos racionais, abstratamente declarados livres e iguais perante a lei” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 710).

Os direitos de primeira geração representam obrigações de não fazer ao Estado, de não intervir na vida pessoal dos indivíduos. São direitos que não se preocupam com a realização da justiça social e que, em muito, inadmitem outros direitos que colidam com o direito à propriedade (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 233).

Com o aumento das desigualdades entre os homens, esse “ideal absenteísta do Estado liberal” não mais satisfazia as exigências da população e, em decorrência da desestruturação social vivenciada, os **direitos da segunda geração**

ganharam espaço no rol dos direitos fundamentais, traduzindo-se em obrigações do Estado a prestações positivas (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 233).

Distintamente dos primeiros, os direitos econômicos, sociais e culturais, ou, como usualmente chamados, direitos sociais, surgem com o intuito de mitigar as desigualdades entre os homens, levando em consideração a conhecida regra de tratar igualmente os iguais e desigualmente os desiguais, na medida da sua desigualdade (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 710).¹³

Os direitos da igualdade ganharam força com as Constituições do segundo pós-guerra, “mas passaram primeiro por um ciclo de baixa normatividade ou tiveram eficácia duvidosa, em virtude de sua própria natureza de direitos que exigem do Estado determinadas prestações materiais [...]”, tendo sido conceituados como normas de caráter puramente programático (BONAVIDES, 2006: 564).

Com a instituição da regra de aplicabilidade imediata dos direitos fundamentais, que no ordenamento jurídico brasileiro se deu com a promulgação da Constituição Federal de 1988¹⁴, o problema da baixa normatividade, ao menos no plano teórico, foi atenuado (BONAVIDES, 2006: 565).

Conforme estabelece Manoel Gonçalves (2007: 102): “A intenção que a ditou [a regra da aplicabilidade imediata] é compreensível e louvável: evitar que essas normas fiquem letra morta por falta de regulamentação”.

Para Bonavides (2006: 565), “os direitos fundamentais da segunda geração tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os da primeira”¹⁵. Afinal, sendo a aplicabilidade imediata a regra em relação aos direitos fundamentais, esses direitos não poderão ser violados “com aquela facilidade de argumentação arrimada no caráter programático da norma” (BONAVIDES, 2006: 565).

¹³ A esse respeito Osvaldo Canela Junior leciona: “os direitos fundamentais sociais protegem determinados bens da vida, cuja garantia, segundo o consenso internacional, diminui os níveis de miséria, promovendo a igualdade substancial entre os homens.

¹⁴ Vale ressaltar que a própria concepção dos direitos sociais como direitos fundamentais somente ocorreu com a promulgação da Carta de 1988 (PIOVESAN, 2011: 55).

¹⁵ Daniel Sarmento afirma que: “[...] no ordenamento jurídico brasileiro, os direitos sociais foram expressamente positivados e são considerados plenamente justiciáveis” (2008: 568).

Por último, e de forma sucinta, se destaca os **direitos da terceira geração**, também denominados direitos de fraternidade ou solidariedade, que são os direitos difusos, destinados não a um indivíduo ou a um grupo específico, mas ao gênero humano. Compõem essa espécie os direitos ao desenvolvimento, à paz, ao meio-ambiente, à comunicação e ao patrimônio comum da humanidade (BONAVIDES, 2006: 569).

2.1.2 Características dos direitos fundamentais

Em que pese a significação dos direitos fundamentais variar entre os países – pois, como aponta Konrad Hesse (2009: 26), eles possuem conteúdos dependentes de “numerosos fatores extrajurídicos, especialmente da idiosincrasia, da cultura e da história dos povos” – é possível indicar algumas características a eles comuns.

São as características mais frequentemente delineadas aos direitos fundamentais: a universalidade, a historicidade, a indisponibilidade, a constitucionalização, a vinculação dos poderes públicos e a aplicabilidade imediata (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 239-253).

A **universalidade** se representa no sentido de que “todas as pessoas são titulares de direitos fundamentais e que a qualidade de ser humano constitui condição suficiente para a titularidade de tantos desses direitos” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 240). Mesmo assim, determinados direitos fundamentais, segundo esses autores, se restringem a específicas classes, como, por exemplo, os trabalhadores.

A universalidade dos direitos fundamentais foi primeiramente manifestada na Declaração francesa dos Direitos do Homem, de 1789, que possuía como destinatário o gênero humano como um todo, e essa característica se justificava pelo fato de estes direitos serem extremamente relacionados à liberdade e à dignidade humana (BONAVIDES, 2006: 562).

Entretanto, a universalidade acima tratada era meramente metafísica e abstrata. Ao passo que “a nova universalidade dos direitos

fundamentais os coloca [...] num grau mais alto de juridicidade, concretude, positividade e eficácia” (BONAVIDES, 2006: 573). Essa nova universalidade, conforme aponta Bonavides, possuiu como impulso a Declaração Universal dos Direitos do Homem de 1948.

Ademais, os direitos fundamentais, como exposto anteriormente, dependem intimamente do contexto histórico em que estão inseridos – **historicidade** – para a definição de seu conteúdo e proteção (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 242). A depender das mazelas e conquistas de uma sociedade, em determinado período, os direitos fundamentais gozarão de um alcance maior ou menor, ou até nenhum alcance.

Como se pode esperar, por serem decorrentes da dignidade da pessoa humana – da qual considera-se que não pode o homem se privar – os direitos fundamentais possuem igualmente como característica a **indisponibilidade**, ou seja, não é admissível que “o seu titular o torne impossível de ser exercitado para si mesmo, física ou juridicamente” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 242).

Dessa forma, em sua maioria, os direitos fundamentais não podem ser alienados ainda quando haja o consentimento de seu titular. Por outro lado, essa inalienabilidade ou indisponibilidade não impede que tais direitos sejam restringidos em benefício de determinada finalidade compatível com a ordem constitucional (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 242-244).

Cabe frisar que nem todos os direitos fundamentais são indisponíveis, mas “apenas os que visam resguardar diretamente a potencialidade do homem de se autodeterminar” e de ser livre, ou seja, os que estejam intimamente ligados à dignidade humana, consequência dessa autodeterminação e liberdade (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 243).

Outra particularidade dos direitos fundamentais – e que os diferencia da expressão direitos humanos, de bases jusnaturalistas e utilizada em documentos internacionais – é a sua inserção em um texto normativo, isto é, sua positivação (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 244).

Como apontado no início do capítulo, essa positivação se dá em âmbito constitucional, para garantir maior proteção e efetividade aos direitos fundamentais, podendo-se falar, portanto, na **constitucionalização** como característica desses direitos (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 244).

Canotilho (2003: 378) entende que a constitucionalização é a “incorporação de direitos subjectivos do homem em normas formalmente básicas, subtraindo-se o seu reconhecimento e garantia à disponibilidade do legislador ordinário”. Entretanto, o jurista português ressalta que:

“A positivação constitucional não significa que os direitos fundamentais deixem de ser *elementos constitutivos da legitimidade constitucional*, e, por conseguinte, elementos legitimativo-fundamentantes da própria ordem jurídico-constitucional positiva, nem que a simples positivação jurídico-constitucional os torne, só por si, “realidades jurídicas efetivas” (ex. catálogo de direitos fundamentais em constituições meramente semânticas) (CANOTILHO, 2003: 378 – grifo no original).”

Destarte, por mais que tenham sido inseridos no texto constitucional, esses direitos fundamentais continuam sendo pressupostos legitimadores da própria ordem constitucional e somente a sua inserção na norma de maior grau da ordem jurídica não significa a sua concretização.

É exatamente dessa positivação em âmbito constitucional que decorre a penúltima característica a ser aqui indicada: a **vinculação dos poderes públicos**. Afinal, as normas constitucionais são “parâmetros de organização e de limitação dos poderes constituídos”, pois “nenhum desses Poderes se confunde com o poder que consagra o direito fundamental, que lhes é superior” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 245).

A vinculação se dá em relação aos três poderes e os atos praticados com violação aos direitos fundamentais serão invalidados (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 245), recordando-se a proteção desses direitos mediante o controle de constitucionalidade.

Nesse contexto, também leciona Canotilho (2003: 379) que os direitos fundamentais “constituem parâmetros materiais de escolhas, decisões, acções e controlo, dos órgãos legislativos, administrativos e jurisdicionais”,

ressaltando essa como uma das dimensões da “fundamentalidade formal”¹⁶ dessa modalidade de direito.

Como última característica assinala-se a **aplicabilidade imediata** dessas normas – isto é, a imediata produção de efeitos, adotada no ordenamento brasileiro pela Constituição de 1988, que possui o intuito de afastar o caráter meramente programático a elas imputado. Isso, “entretanto, não significa que, sempre, de forma automática, os direitos fundamentais geram direitos subjetivos, concretos e definitivos”, o que se torna ainda mais difícil quando se trata de direitos sociais (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 245).

2.1.3 Considerações finais

A dificuldade de se definir em que medida se pode exigir o cumprimento dessas normas constitucionais, vinculantes dos poderes públicos e que, em tese, deveriam produzir efeitos imediatos, abarcando todos os indivíduos da sociedade, justifica o impasse deste trabalho.

Até que ponto o Poder Judiciário pode, realizando a vontade do legislador constituinte, determinar que uma política pública (de saúde ou de educação, apenas para exemplificar) seja efetivamente implementada pelos demais poderes sem que isso desestruture um Estado que, *a priori*, é pautado na independência dos poderes?

Dada a sua essencialidade na evolução do ser humano e da sociedade como um todo, o direito escolhido para ser base desse trabalho foi o direito à educação. Assim, parte-se a uma análise mais direcionada desse direito social.

¹⁶ Canotilho recepciona a doutrina de Robert Alexy apontando para a característica de fundamentalidade dos direitos fundamentais. Essa fundamentalidade se daria em sentido formal e material, e representaria a “especial dignidade e protecção dos direitos” fundamentais. (CANOTILHO, 2003: 378-379). Também Ingo Wolfgang Sarlet cuida do assunto nas páginas 88 a 92 de seu livro “A eficácia dos direitos fundamentais”, ano 2007.

2.2 Direito à Educação: relação com a dignidade da pessoa humana e natureza jurídica

Inicialmente, pretende-se demonstrar a íntima ligação entre educação e dignidade da pessoa humana, cuja proteção é o objetivo maior dos direitos fundamentais. O intuito é ressaltar a imprescindibilidade da efetivação do direito à educação para concretude da própria dignidade. Depois, trabalha-se a natureza jurídica do direito à educação, avaliando a sua razão de ser no plano jurídico.

2.2.1 Relação com a dignidade da pessoa humana

Novamente se destaca que a dignidade da pessoa humana decorre da possibilidade do ser humano de ser autoconsciente e livre (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 243).

Nessa linha, a lição de Daniel Sarmento (2002: 59): “o princípio da dignidade da pessoa humana exprime, em termos jurídicos, a máxima kantiana, segundo a qual o Homem deve sempre ser tratado como um fim em si mesmo e nunca como um meio.”

Dessa forma, é necessário que o homem, para que possa viver dignamente, possua o mínimo de possibilidade de escolha, selecionando, entre as alternativas que lhe cabem, o melhor caminho para atingir a sua felicidade. Para tanto, necessita de liberdade, saúde, trabalho, educação, moradia, e dos vários outros objetos dos direitos fundamentais.

Com o propósito de relacionar a dignidade à educação buscou-se apoio na obra de Paulo Freire, respeitadíssimo educador e filósofo brasileiro. Assim, segue o raciocínio:

Uma das características principais do ser humano é a capacidade de autorreflexão, o que o diferencia dos demais seres vivos. Essa capacidade induz o homem a uma procura de sempre se complementar, por se reconhecer um ser inacabado, e é por isso que o homem se educa (FREIRE, 2003: 27-28).

“O homem pode refletir sobre si mesmo e colocar-se num determinado momento, numa certa realidade: é um ser na busca constante de ser mais e, como pode fazer esta auto-reflexão, pode descobrir-se como um ser inacabado, que está em constante busca. Eis aqui a raiz da educação (FREIRE, 2003: 27).”

Diante disso, verifica-se que a educação abre uma nova perspectiva ao homem, pela capacidade que possui de estimular um conhecimento reflexivo àquele que é devidamente educado. Ressalta-se que “a consciência criadora e comunicativa é democrática”, a qual é fruto da educação (FREIRE, 2003: 32-38).¹⁷

Ademais, em suas palavras, “o destino do homem deve ser criar e transformar o mundo, sendo o sujeito de sua ação” (FREIRE, 2003: 38). É evidente que um homem alienado não possui essa consciência criadora e transformadora, o que prejudica sua capacidade de se autodeterminar.

Consequentemente, é imprescindível que o homem possua acesso a uma boa educação, pois é por meio dela que se torna um ser mais apto à reflexão e à compreensão de sua realidade. “Quando o homem compreende sua realidade, pode levantar hipóteses sobre o desafio dessa realidade e procurar soluções” (FREIRE, 2003: 30), permitindo a ocorrência de transformações, individuais e coletivas.

Pelo destacado, é possível notar o quão essencial é a educação para que a dignidade da pessoa humana seja mais que um fundamento da República Federativa do Brasil (art. 1º, III, CF/88). Afinal, é por meio da educação que o ser humano pode buscar “ser mais”, conforme ensina Paulo Freire, o que está intensamente relacionado ao próprio conceito de dignidade.

Nesse sentido, se estabelece: “com efeito, é através do direito à educação que o indivíduo alcança o pleno desenvolvimento da sua personalidade,

¹⁷ Ressalta-se que uma das formas de poder é o poder ideológico, que é “aquele que se vale da posse de certas formas de saber [...] para exercer uma influência sobre o comportamento alheio e induzir os membros do grupo a realizar ou não realizar uma ação”, conforme aponta Norberto Bobbio (2003: 82-83) em “Estado, governo, sociedade, para uma teoria geral da política”. Essa forma de poder contribui para “instituir e para manter sociedades de desiguais dividida em [...] sábios e ignorantes. Genericamente, em superiores e inferiores [referindo-se também as outras duas formas de poder – econômico e político]”. Assim, a falta de educação – de conhecimento – estimula a desigualdade e a submissão daqueles que não detêm o poder.

daí porque ser ele um direito humano e fundamental social” (GICO e LIMA, 2012: 492).

Permite-se discordar apenas quanto à técnica dos autores no sentido de que é mediante a educação – e não ao direito à educação, que representa seu reflexo no sistema jurídico – que o indivíduo alcança o pleno desenvolvimento de sua personalidade. É essa capacidade fática da educação – de engradecer o homem – que justifica o seu enaltecimento no mundo do dever ser.

Demonstrado o fato de que a educação é um dos pilares essenciais ao gozo de uma vida digna, parte-se, então, para a análise do direito à educação, sob a ótica da doutrina jurídica, procurando-se estabelecer a natureza jurídica deste direito fundamental.

2.2.2 Natureza jurídica: direito social prestacional

Como visto, o direito à educação é um direito social e, em razão de sua natureza, possui como objeto “uma contraprestação sob a forma de prestação de um serviço” (FERREIRA FILHO, 2007: 50).¹⁸ Nesse caso, cuida-se do serviço escolar, como se pode deduzir.

Afinal, para que se estabeleça um “patamar mínimo de igualdade, não apenas jurídica, como também material e efetiva” é necessário “uma posição ativa do Estado no que se refere à proteção de direitos, pois o que se pretende é criar, por parte dos Poderes Públicos, condições concretas de vida digna” (DUARTE, 2006: 269).

Dentro desse contexto, Andreas Krell (2002: 19) estabelece que: “os direitos fundamentais sociais não são direitos *contra* o Estado, mas sim direitos *através* do Estado, exigindo do poder público certas prestações materiais” (grifo no

¹⁸ Paulo Gonet adota o termo “utilidade concreta” para indicar o objeto dos direitos sociais, representando um bem ou serviço a ser prestado pelo Estado (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 259-260). Clarice Seixas Duarte (2007: 694), por sua vez, aponta que o objeto dos direitos sociais é “a elaboração e a implementação de políticas públicas”.

original).¹⁹ É o que define Robert Alexy (2011: 499) ao trabalhar a noção de direitos a prestação em sentido estrito:

“Direitos a prestação em sentido estrito são direitos do indivíduo, em face do Estado, a algo que o indivíduo, se dispusesse de meios financeiros suficientes e se houvesse uma oferta suficiente no mercado, poderia também obter de particulares. Quando se fala em direitos fundamentais sociais, [...] quer-se primariamente fazer menção a direitos a prestação em sentido estrito.”

Assim, a concretização do direito social à educação é dever do Estado, que encontra referência no que Alexy (2009: 3) chama de *entitlements concerning social rights*, exigindo do Estado uma ação positiva. Robert Alexy (2009: 3) ainda complementa: a fim de não violar esses direitos sociais não basta que o Estado deixe de intervir na esferas que eles protegem. É necessário que o Estado aja.

Dessa maneira, é possível verificar que os direitos sociais se realizam de forma prática, o que revela sua dimensão objetiva. Esta se dá de duas maneiras: por meio de (1) “imposições legiferantes”, que se referem à necessidade de atuação do legislador a fim de possibilitar o exercício desses direitos, e pelo (2) “fornecimento de prestações aos cidadãos” (CANOTILHO, 2003: 476).²⁰

É em razão da dimensão objetiva que se pode detectar a força irradiante dos direitos sociais, o dever estatal de defendê-los perante terceiros e a obrigação de criar instrumentos aptos para a realização destes direitos (SARMENTO, 2008: 568).

2.2.3 Natureza jurídica: direito subjetivo público

¹⁹ O direito à educação também possui uma dimensão não prestacional. Contudo, no presente trabalho, esse entendimento não vislumbra espaço maior de discussão. Assim, limita-se a citação de André Ramos Tavares, que expõe a seguinte ideia: “é possível falar numa dimensão não-prestacional do direito à educação consistente no direito de escolha, livre, sem interferências do Estado, quanto à orientação educacional, conteúdos materiais e opções ideológicas” (2008: 777).

²⁰ Hesse (2009: 35-40) trabalha essa ideia, a sua maneira, tratando os direitos fundamentais como “princípios objetivos da ordem constitucional”, e prossegue: “[...] a concepção dos direitos fundamentais como normas objetivas supremas do ordenamento jurídico tem uma importância capital [...] para as tarefas do Estado. [...] surge [...] uma obrigação (positiva) de levar a cabo tudo aquilo que sirva à realização dos direitos fundamentais, inclusive quando não conste uma pretensão subjetiva dos cidadãos”.

A Constituição Federal determina, expressamente, em seu art. 208, que a educação (fundamental) deve ser prestada pelo Estado, gratuita e obrigatoriamente, o que se coaduna com sua natureza prestacional (CF, 1988).

Porém, mais que isso, a Carta Magna enaltece no primeiro parágrafo do artigo supracitado que “o acesso ao ensino obrigatório e gratuito é direito público subjetivo” (CF, 1988).

Desse modo, é possível notar que o direito à educação possui uma dimensão subjetiva expressa, que não se contrapõe a dimensão objetiva, existindo “uma relação de remissão e complementação recíprocas” (HESSE, 2009: 36).

Isso confere “aos indivíduos, irrecusavelmente, uma pretensão e uma ação para exigirem seus direitos”, rechaçando “interpretações minimalistas de que direitos sociais não podem ser acionáveis em juízo, nem gerar pretensões individuais” (DUARTE, 2006: 274-275).

Assim, a dimensão subjetiva representa a possibilidade de um indivíduo que teve seu direito violado adentrar a esfera judiciária por meio de uma ação, com o intuito de repelir essa situação caracterizadora do insulto.²¹

Para Canotilho (2003: 476), os direitos sociais são “autênticos direitos subjectivos” próprios da existência do cidadão. Dessa forma, “nem o Estado nem terceiros podem agredir posições jurídicas reentrantes no âmbito de protecção destes direitos”.²²

O jurista alemão George Jellinek²³ (*apud* DUARTE, 2006: 267) definiu, no final do século XIX, a figura do direito público subjetivo como “o poder da

²¹ Nesse compasso, Ingo Sarlet preceitua: “de modo geral, quando nos referimos aos direitos fundamentais como direitos subjetivos, temos em mente a noção de que ao titular de um direito fundamental é aberta a possibilidade de impor judicialmente seus interesses juridicamente tutelados perante o destinatário (obrigado)” (SARLET, 2007: 178).

²² A expressão “posição jurídica” pode ser explicada pela doutrina de Robert Alexy: “a existência de uma posição jurídica significa que uma norma correspondente (individual ou universal) é válida. O direito do cidadão, contra o Estado, a que este não elimine uma posição jurídica sua é, nesse sentido, um direito a que o Estado não derogue determinadas normas” (2011: 201).

²³ Jellinek, desenvolvendo a ideia de Jhering, explica os direitos públicos subjetivos pela teoria da autolimitação da soberania, estabelecendo que esses direitos “existem na medida em que o Estado não pode deixar de traçar limites a si próprio, enquanto Estado de Direito” (REALE, 2002: 273).

vontade humana que, protegido e reconhecido pelo ordenamento jurídico, tem por objeto um bem ou interesse”.

A grande modificação trazida em razão dessa noção de direito público subjetivo foi o reconhecimento de um poder de exigência do indivíduo em face do poder público, que autoriza que aquele constranja judicialmente este para a consecução da prestação devida (DUARTE, 2006: 268).

Dessa forma, o direito público subjetivo se materializa na possibilidade de se utilizar uma norma geral e abstrata presente no ordenamento jurídico para obter a satisfação de um interesse individual. Essa modalidade de direito funciona, portanto, como um “instrumento jurídico de controle da atuação do poder estatal” (DUARTE, 2006: 267-268).

Enfatiza-se que, não obstante se verifique uma pretensão individual resultante do direito público subjetivo, esta não é substitutiva da pretensão pública, mas a ela concorrente (DUARTE, 2006: 275). Dentro do contexto de busca da satisfação dos direitos sociais, Clarice Seixas Duarte (2006: 272) estabelece:

“Ora, é claro que se as condições de efetivação dos direitos sociais dependem de ações estatais concretas, sem as quais o programa social neles contido não se realiza, isso significa que a sua plena satisfação extrapola o nível da satisfação individual do direito (a determinação judicial da abertura de uma vaga em uma escola pública, por exemplo).”

Ainda dentro dessa análise, importa destacar que, dentro de um modelo de Estado de Direito Social, um direito público subjetivo que tutele bens individuais e sociais – como ocorre no direito à educação – “deve se prestar à exigibilidade do caráter coletivo de tais direitos, ou seja, à exigibilidade de políticas públicas” (DUARTE, 2006: 273).²⁴

Assim, deve ser ampliado o conceito de direito público subjetivo quando se estiver diante de um direito que proteja concomitantemente bens individuais e sociais para que, além de pretensões individuais, se possa dele extrair

²⁴ Recorda-se que “constitui um dos fundamentos do Estado de Direito Social a possibilidade de participação de todos nos bens da coletividade e uma melhor distribuição desses bens.” (DUARTE, 2006: 273)

a possibilidade de se exigir do poder público a realização de políticas públicas, para que esse direito seja plenamente satisfeito.

Faz-se mera nota, por não se tratar de objeto do presente estudo, que o instrumento mais adequado para a busca da satisfação do direito ora tratado é a ação civil pública²⁵. Essa ação, por suas características, tem levado “a sociedade e o próprio dirigente político ou administrativo a uma reflexão altamente educativa no aspecto social e democrático”, como destaca José Emmanuel Burle Filho (2001: 363).²⁶

2.2.4 Natureza jurídica: norma programática?

Dentre todas as classificações possíveis quanto à natureza jurídica dos direitos sociais, a que mais costuma trazer divergências é a que avalia se estes são normas programáticas ou não, analisando se os direitos sociais possuem exigibilidade e normatividade.

Isso acontece porque as normas programáticas, conforme aponta Paulo Bonavides (2006: 245), fazem parte do campo do Direito Constitucional contemporâneo, no qual mais tênues são as “fronteiras do Direito com a Política”.

A denominação programática se dá em razão de as normas definidas como tal prescreverem os princípios definidores dos objetivos (fins) do Estado, com caráter eminentemente social (CANOTILHO, 2003: 474). Tratam-se de normas reveladoras de programas de atuação do Estado.

Para Bonavides (2006: 237 e 246), as normas programáticas “não devem ser consideradas ineficazes ou providas apenas de valor meramente diretivo”

²⁵ Nesse sentido, Osvaldo Canela Júnior estabelece: “Ante, pois, a indiscutível indeterminação dos destinatários dos direitos fundamentais sociais, conclui-se que se encontram eles no rol dos interesses e direitos difusos” (2011: 141). Dessa forma, “o processo coletivo é o instrumento adequado para esta atividade, porque permite a produção de provimento jurisdicional com alcance social” (2011: 143).

²⁶ Também pensa assim Clarice Seixas Duarte (2006: 273), que preceitua: “é possível afirmar que a ação [coletiva] transformou-se em um canal de participação social na gestão da coisa pública, ou seja, em um instrumento de participação política, o que constitui uma forma de concretizar a democracia participativa consagrada em nosso sistema jurídico.”

(2006: 250), mas entendidas como normas jurídicas que vinculam os comportamentos públicos futuros.

Como citado anteriormente, Bonavides (2006: 565) entende que os direitos sociais não podem ter a eficácia recusada com base no argumento de possuírem caráter programático, pois tendem a tornar-se tão justiciáveis quanto os direitos individuais.²⁷

Diferentemente, Canotilho (2003: 474-477) entende que não se pode compreender os direitos sociais como meras normas programáticas. É que, para ele, se assim fosse a não concretização destes direitos geraria apenas efeitos políticos, ausentes quaisquer sanções jurídicas.

Em relação à teoria da norma programática, a Min. Carmem Lúcia Rocha emitiu o seguinte alerta, concordando com a posição do jurista português:

“Cunhou-se [...] a teoria da "norma programática", espécie de limbo constitucional, no qual permaneciam as normas contenedoras de expressões de direitos para as quais a impositividade do cumprimento ficava a depender de providências supervenientes, sem limite temporal para a sua adoção e sem sanção específica para o seu não-cumprimento (1996)”

Andreas Krell (2002: 20), por sua vez, denomina programáticas as normas sobre direito sociais, por prescreverem a realização de fins e tarefas pelo Estado. Sienta, contudo, que essas “normas-programas” não podem ser tidas como “meras recomendações ou preceitos morais com eficácia ético-política meramente diretiva, mas constituem Direito diretamente aplicável”.

Independente do nome que se dê, o fato é que não se pode entender os direitos sociais como simples diretrizes a serem alcançadas ao longo de um tempo indefinido, sob pena de se invalidar toda a luta²⁸ pela conquista da efetivação desses direitos. A esse propósito Clarice Seixas Duarte (2007: 700) estabelece:

²⁷ A esse respeito, Miguel Carbonell (2008: 54) preceitua que os direitos sociais devem ser entendidos como plenamente exigíveis perante todas as autoridades do Estado, em todos os níveis dos poderes públicos, o que requer a criação de uma teoria sólida dos direitos sociais, bem como de novos mecanismos processuais ou o melhoramento dos existentes.

²⁸ Luta aqui entendida no sentido de “processo político de transformação social” (KRELL, 2002: 14).

“O importante é ficar claro que a noção de progressividade dos direitos sociais não pode ser confundida com a possibilidade de sua não aplicação. De acordo com o que está previsto no próprio Pacto²⁹, cabe aos Estados adotar medidas até o máximo de seus recursos disponíveis (art. 2º), o que significa o dever de executar avanços concretos em prazos determinados.”

Muito perigoso é que se instale uma sensação falsa de satisfação pela simples contemplação dos direitos sociais no texto constitucional, sem que se busque dar efetividade a esses direitos³⁰. Afinal, esses direitos quando previstos no papel, mas não concretizados, isto é, palavras sem qualquer força normativa, representam a falência da própria Constituição. Nesse contexto, a Min. Carmem Lúcia (1996) preceitua:

“Cassava-se, por aquela teoria [da norma programática], a palavra de ordem pela conquista de direitos fundamentais: contemplados, tinha-se-os como conquistados, cessada, pois, a luta; sem eficácia plena, tinha-se-os como inaplicáveis até que se adotassem as medidas em cujos termos se conteriam a sua eficácia: estas, contudo, não vinham.”

Como ensina Norberto Bobbio, é deduzível que a satisfação dos direitos sociais seja mais difícil que a dos direitos individuais, em razão da maior complexidade de suas pretensões, o que dificulta a proteção daqueles se comparado com estes (BOBBIO, 1992: 63).

No entanto, não se pode negar que os direitos sociais revelem obrigações ao Estado, que devem prover a prestação desses direitos “para cada pessoa necessitada”, pois negando a existência da obrigação se está renunciando ao reconhecimento de que os direitos sociais sejam “verdadeiros direitos” (KRELL, 2002: 23).

Dessa forma, percebe-se que não há um consenso doutrinário quanto à classificação dos direitos sociais como normas programáticas. Contudo, o dissenso é menor quanto à justiciabilidade destes direitos.

²⁹ Refere-se ao “Pacto Internacional sobre os Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ratificado pelo Brasil, no livre gozo de sua soberania, a 12 de dezembro de 1991, e promulgado pelo Decreto Legislativo n. 592, a 6 de dezembro de 1992” (DUARTE, 2007: 692).

³⁰ A esse propósito Andreas Krell: “Considera-se como (quase) resolvido tudo que é promulgado como lei, sem grandes considerações a respeito de sua exequibilidade ou eficácia. Pouca atenção é dada ao exame de como as normas funcionam na prática” (2002: 26-27).

2. 3 Mínimo existencial e reserva do possível: análise de pontos de divergência doutrinária

2.3.1 Mínimo existencial

A noção de mínimo existencial representa um conjunto de condições materiais mínimas que devem ser asseguradas ao ser humano pelo Estado e sem as quais torna-se inviável a sua existência física (SARMENTO, 2008: 574; KRELL, 2002: 61). Essa obrigação estatal se justifica por diversos motivos.

Daniel Sarmento (2008: 574-575) aponta para três argumentos centrais justificadores dessa obrigação: (1) a proteção da liberdade material; (2) a concretização dos pressupostos democráticos e (3) o fato de que “o atendimento das necessidades humanas mais básicas é uma exigência autônoma da justiça”, sendo um fim em si mesmo.

Segundo o autor supracitado, os dois primeiros argumentos vislumbram o mínimo existencial como um instrumento. No primeiro caso, baseia-se no fato de que sem essas condições mínimas é inviável o exercício concreto da liberdade. No segundo, na necessidade de realização dessas condições para a viabilização da participação dos cidadãos no processo democrático (SARMENTO, 2008: 575).

Ao contrário, o cerne do terceiro argumento reside no fato de que o mínimo existencial é um fim em si mesmo, sendo obrigação do Estado o atendimento das necessidades essenciais do homem, independentemente das consequências que isso traga para a consecução de outros objetivos (SARMENTO, 2008: 575).

Na Alemanha, onde não há direitos sociais expressos na Lei Fundamental de 1949, o “mínimo de existência” ou “mínimo social” é visto como um direito fundamental resultante dos princípios do Estado Social e da dignidade da pessoa humana, bem como do direito à vida e à integridade física. O intuito desse entendimento é “atribuir ao indivíduo um direito subjetivo contra o Poder Público em

caso de diminuição da prestação dos serviços sociais básicos que garantem a sua existência digna” (KRELL, 2002: 62).

Nota-se que o direito alemão buscou conceder ao indivíduo um direito público subjetivo em relação aos direitos sociais, ainda que estes não estejam expressos em âmbito constitucional. Isso revela a importância que se dá ao efetivo gozo por parte dos cidadãos daquilo que se denominou mínimo social.

Como aponta Krell (2002: 17-22), os direitos sociais são os que têm suscitado mais discussões em relação a sua efetividade, em razão da natural dependência que há de recursos financeiros disponíveis para sejam concretizados.

A noção de efetividade de uma norma se relaciona ao grau de concretude que ela possui no mundo do ser. Vale dizer, um direito efetivo é um direito vivenciado por seus titulares, não apenas inserido no texto normativo.

Luís Roberto Barroso (2000: 85) define a efetividade³¹ como algo que “representa a materialização, no mundo dos fatos, dos preceitos legais e simboliza a aproximação, tão íntima quanto possível, entre o *dever-ser* normativo e o *ser* da realidade social”.

Nesse contexto, pode-se dizer que a não efetividade de um direito fundamental representa a sua violação. É o que entende Osvaldo Canela Junior (2011: 42): “a mera previsão abstrata do direito fundamental, sem a concessão material do bem da vida, implica igualmente lesão e, portanto, sujeita o Estado à obrigação de satisfazê-lo”.³²

Assim, para que não se viole um direito fundamental deve este ser minimamente satisfeito. Nessa seara, André Ramos Tavares (2008: 774-775) entende que o “conteúdo inicial (mínimo) do direito à educação é o de acesso ao conhecimento básico e capacitações, que devem ser oferecidas de forma regular e

³¹ Barroso fala em efetividade ou eficácia social, fazendo alusão à Miguel Reale.

³² Recorda-se que o direito à educação é um direito subjetivo público e que, portanto, admite que o seu titular o exija por meio de ação judicial, conforme exposto no item anterior.

organizada”. Tavares (2008: 774-775) ainda esclarece que esse conteúdo mínimo do direito à educação deve atender às preocupações constitucionais³³.

De toda sorte, há que se recordar que o art. 212 da Constituição Federal ³⁴ expressamente determina a vinculação da receita dos impostos arrecadados pelos entes federados à “manutenção” e ao “desenvolvimento do ensino”. Prevê o artigo que a União aplicará no mínimo 18% (dezoito por cento) da receita resultante de impostos com a educação. Para os demais entes da federação a porcentagem mínima de aplicação é de 25% (vinte e cinco por cento) (CF, 1988).

Ensina Ana Paula Barcellos (2006: 17), conforme visto anteriormente, que esse artigo revela um “parâmetro puramente objetivo”, relacionado “com a quantidade de recursos [...] que deverá ser aplicada em políticas públicas destinadas a realizar determinadas finalidades constitucionais”, no caso específico, na política pública de educação.

Sendo aplicados os recursos objetivamente definidos, mas não se atingindo de forma suficiente o resultado esperado (“oferta de educação fundamental gratuita para toda a população”), é necessário que outros recursos sejam aplicados, até que se atinja a meta constitucionalmente delineada (BARCELLOS, 2006: 19).

No contexto de concretização do direito à educação, Clarice Seixas Duarte (2006: 273-274) preceitua:

“Na acepção larga do conceito de garantia, podemos incluir, no caso da educação, a consideração de certos princípios, como o da obrigatoriedade do ensino (entendida com o a imposição de um dever ao Estado) e o da gratuidade em estabelecimentos oficiais, além da vinculação constitucional de receitas. Todo esse conjunto deve ser interpretado de forma a assegurar a fruição do direito ao ensino fundamental.”

Assim, extremamente relacionada à efetivação (mínima ou até que se atinja a meta constitucional) do direito à educação é a análise do dispêndio

³³ Refere-se ao art. 205, CF, que destaca como objetivos da educação o pleno desenvolvimento da pessoa, o preparo para cidadania e a qualificação para o trabalho (TAVARES, 2008: 775).

³⁴ Art. 212, CF. A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino (CF, 1988).

necessário de recursos econômicos e, conseqüentemente, da reserva do financeiramente possível, que se passa a discutir a seguir:

2.3.2 Reserva do financeiramente possível

Em geral, nesse ponto, trabalha-se a usual dicotomia entre as liberdades individuais e os direitos de igualdade, ressaltando que as primeiras possuem uma característica negativa e os segundos, positiva, exigindo uma atuação do Estado para sua concretude. Relacionado a isso, pacifica-se o entendimento de que os direitos individuais não necessitam de alocação de recursos e, por isso, são indiscutivelmente exigíveis.

No entanto, segundo Miguel Carbonell³⁵ (2008: 57), umas das primeiras questões que se deve esclarecer no estudo dos direitos sociais é a ausência de diferenças estruturais relevantes entre os direitos sociais e os direitos civis e políticos. Afinal, os direitos de liberdade também necessitam – para que tenham relevância prática – da atuação do Estado, o que, muitas vezes, resulta em significativos gastos econômicos.

Dessa forma, não há direitos gratuitos e direitos caros, pois todos os direitos representam gastos ao Estado para que se tornem efetivos. Nas palavras de Carbonell (2008: 58): *“No hay, por tanto, ‘derechos gratuitos’ y ‘derechos caros’: todos los derechos tienen un costo y ameritan de una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones perpetradas por terceras personas”*³⁶.

Com efeito, tais conclusões não impedem que se preceitue que os direitos sociais, de fato, revelem um “componente prestacional” – pois necessitam da atuação estatal para que os seus mandamentos sejam efetivos.

Entretanto, não deve existir receio quanto aos efeitos normativos plenos e diretos desses direitos, inclusive em sede judicial, ainda que se possa

³⁵ Virgílio Afonso da Silva (2008: 591) destaca em seu texto “O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculo à realização dos direitos sociais” que este posicionamento foi adotado em 2002 pelos autores Abramovich e Courtis em *“Los derechos sociales como derechos exigibles”*.

³⁶ Tradução livre da monografanda: Não há, portanto, “direitos gratuitos” e “direitos onerosos”: todos os direitos têm um custo e necessitam de uma estrutura estatal que, no mínimo, os proteja das possíveis violações perpetradas por terceiros.

afirmar que esses direitos possuem um conteúdo semântico aberto (CARBONELL, 2008: 56 e 59).³⁷

Contrário a esse argumento, Virgílio Afonso da Silva (2008: 593) sustenta que há sim distinções entre os direitos sociais e os civis e políticos, pois embora ambos necessitem de gastos econômicos para serem concretizados, os direitos sociais revelam gastos maiores.

Dentro deste contexto, verifica-se que para que se concretize um direito social a prestações há necessariamente uma alocação significativa de recursos e esse custo tem relevo na efetivação destes direitos. Dessa maneira, para que o Poder Judiciário possa determinar a satisfação destas prestações aos demais poderes faz-se necessária a análise da conjuntura econômica do país (SARLET, 2007: 302).

Assim, a “reserva do possível” representa um limite jurídico e fático à concretização dos direitos prestacionais, mas também funciona como meio de privilegiar um direito fundamental em detrimento de outro (SARLET, 2007). Deste modo:

“A reserva do possível constitui, em verdade (considerada toda a sua complexidade), espécie de limite jurídico e fático dos direitos fundamentais, mas também poderá atuar, em determinadas circunstâncias, como garantia dos direitos fundamentais, por exemplo, na hipótese de conflitos de direitos, quando se cuidar da invocação – observados sempre os critérios da proporcionalidade e da garantia do mínimo existencial em relação a todos os direitos – da indisponibilidade de recursos como intuito de salvaguardar o núcleo essencial de outro direito fundamental (SARLET, 2007: 305).”

Em matéria de educação, a cláusula da “reserva do possível” tem forte expressão pelas próprias características do direito à educação, que como direito social visa a mitigar as “desigualdades fáticas de oportunidade” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 260 e 1367).

³⁷ A esse propósito Carbonell (2008: 56) estabelece: “*La determinación del campo semántico de los derechos sirve, entre otras cuestiones, para poder determinar las obligaciones mínimas de los poderes públicos en relación con cada derecho social. Realizar dicha determinación es una tarea que corresponde desarrollar, en primer término, al legislador, que a través de las leyes debe determinar contenidos concretos para cada derecho. También es una función de la ciencia jurídica, pues en la medida en que se avance en el plano teórico se podrá avanzar en el plano práctico*”.

Para Osvaldo Canela Junior (2011: 44) a “reserva do possível” só poderia ser alegada quando da absoluta ausência de recursos financeiros. Contudo, o autor não nega – e não poderia – que para que se concretize os direitos sociais seja necessário um dispêndio expressivo de recursos. Dessa forma estabelece:

“A consecução da igualdade material exige, para a redução dos níveis de miséria, a estruturação das áreas de atuação dos direitos fundamentais sociais e o dispêndio expressivo de recursos, em uma cadeia de atos extremamente complexos (CANELA JUNIOR, 2011: 44).”

Em posição oposta, Daniel Sarmiento (2008: 571) entende não ser correta a associação da reserva do possível fática à absoluta falta de recursos públicos, pois se estaria ignorando que o Poder Público deve atender a outras tantas demandas onerosas, as quais seriam sacrificadas.

Para Andreas Krell (2002: 51-57), a “reserva do possível” não passa de uma falácia, sendo “fruto de um direito constitucional comparado equivocado”, entendendo que se os recursos destinados aos direitos sociais não forem suficientes é necessário buscá-los em áreas que não sejam tão essenciais ao homem. Nesse sentido, o autor ressalta:

[...] a discussão europeia sobre os limites do Estado Social e a redução de suas prestações e a contenção dos respectivos direitos subjetivos não pode absolutamente ser transferida para o Brasil, onde o Estado Providência nunca foi implantado (KRELL, 2002: 54).

Especificamente no tange ao direito à educação (e à saúde), Krell (2002: 56) verifica que o que falta no Brasil é “vontade política e organização administrativa”, devendo o Poder Judiciário compelir os entes federados a não prestar serviços públicos “precários e insuficientes”.

Assim, na análise da ocorrência da violação ao direito toma-se por base a noção do mínimo existencial, isto é, o direito à educação deve ser concretizado minimamente de forma a garantir a dignidade da pessoa humana, e se pondera a exigência de efetivação do direito à educação com os limites orçamentários no Estado, que não podem ser invocados para frustrar a implementação de políticas públicas dentro do que é minimamente digno.

2.4 Judicialização das políticas públicas de educação em concreto: análise do voto do Ministro Celso de Mello no ARE 639.337 AgR/SP³⁸

Com o intuito de melhor elucidar o contexto da judicialização das políticas públicas de educação no Brasil, faz-se sucinta análise de acórdão da Suprema Corte brasileira, especificamente do voto do Ministro Celso de Mello, forte defensor da atuação do Poder Judiciário dentro desta seara.

Antes, porém, trabalha-se a forma pela qual a Constituição de 1988 estabelece a obrigação do Estado de prestar o direito à educação, com o objetivo de se destacar os fundamentos legitimadores da atuação do Poder Judiciário e da decisão proferida pelo Min. Celso de Mello.

Esclarece-se ainda que alguns dos pontos explorados no voto foram ao longo desse segundo capítulo do trabalho discutidos com maior minúcia e não o serão neste momento, para que se evite a excessiva repetição.

2.4.1 Bases constitucionais para a atuação da Suprema Corte:

A Constituição Federal se dedica ao direito à educação no Capítulo III de seu Título VIII, que trata da ordem social. O capítulo III, denominado “da educação, da cultura e do desporto”, possui dez artigos acerca do direito à educação, dentre os quais se pode destacar, diante da pertinência ao tema, os arts. 205, 208 e 212, CF/88.

O art. 205 da Constituição Federal³⁹ ressalta que a educação é “direito de todos e dever do Estado” e que ela deve visar “ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho”, como delineado alhures (CF, 1988).

³⁸ O presente tópico tem como base artigo da autoria da monografanda, objeto de trabalho de conclusão do XII Curso de Teoria Geral em Direito Público (IDP), cursado no segundo semestre de 2011, tendo sido publicado no Caderno Virtual do IDP. Acesso: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/705/554>>.

³⁹ Art. 205, CF. A educação, direito de todos e dever do Estado e da família, será promovida e incentivada com a colaboração da sociedade, visando ao pleno desenvolvimento da pessoa, seu preparo para o exercício da cidadania e sua qualificação para o trabalho (CF, 1988).

O art. 208 da Constituição Federal⁴⁰, por sua vez, estabelece o modo pelo qual será efetivado o dever estatal de prestar a educação. Assim, o Estado deve garantir a “educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos, assegurando inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria”. Nota-se que a educação obrigatória equivale ao ensino fundamental, e é ela que deve ser prestada gratuitamente (CF, 1988).⁴¹

O art. 212 da Constituição Federal, apontado no subcapítulo anterior, trata da vinculação de recursos financeiros da União e dos Estados, Distrito Federal e Municípios para “manutenção e desenvolvimento do ensino” (CF, 1988).

Diante do exposto, verifica-se que o texto constitucional deixa bem claro o dever estatal na implementação de políticas públicas para a educação. Como se pode perceber, é exatamente essa previsão constitucional que autoriza a busca pela concretização do direito à educação por meio do Poder Judiciário. É esse o fundamento jurídico que valida as decisões judiciais que impõem uma atuação dos demais poderes.

2.4.2 Análise do voto

Colaciona-se a seguir trechos do julgado do Supremo Tribunal Federal – ARE 639.337 AgR, de relatoria do Ministro Celso de Mello, que decidiu pela possibilidade de intervenção do Poder Judiciário na concretização do direito à educação infantil previsto no art. 208, IV, CF, quando da inércia governamental.

⁴⁰ Art. 208, CF. O dever do Estado com a educação será efetivado mediante a garantia de: I – educação básica obrigatória e gratuita dos 4 (quatro) aos 17 (dezessete) anos de idade, assegurada inclusive sua oferta gratuita para todos os que a ela não tiveram acesso na idade própria; II – progressiva universalização do ensino médio gratuito; III – atendimento educacional especializado aos portadores de deficiência, preferencialmente na rede regular de ensino; IV – educação infantil, em creche e pré-escola, às crianças até 5 (cinco) anos de idade; V – acesso aos níveis mais elevados do ensino, da pesquisa e da criação artística, segundo a capacidade de cada um; VI – oferta de ensino noturno regular, adequado às condições do educando; VII – atendimento ao educando, em todas as etapas da educação básica, por meio de programas suplementares de material didático-escolar, transporte, alimentação e assistência à saúde (CF, 1988).

⁴¹ Nesse sentido, André Ramos Tavares (2008: 780) ensina: “A educação (gratuita), contudo, só é considerada dever do Estado em relação ao ensino fundamental e obrigatório; mas inclui a educação para aqueles que não tiveram acesso a esses níveis na época (idade) própria (inc. I do art. 208)”. Também, o art. 32 da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (lei nº 9.394/96).

O referido voto enaltece a “alta significação social” da educação infantil, a qual se estende à educação como um todo, impondo ao Estado a obrigação de cumprir o texto constitucional, para que haja o acesso efetivo à educação, sob pena de invalidação da própria Constituição Federal.

“A educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível, que, deferida às crianças, a estas assegura, para efeito de seu desenvolvimento integral, e como primeira etapa do processo de educação básica, o atendimento em creche e o acesso à pré-escola (CF, art. 208, IV). - Essa prerrogativa jurídica, em consequência, impõe, ao Estado, por efeito da alta significação social de que se reveste a educação infantil, a obrigação constitucional de criar condições objetivas que possibilitem, de maneira concreta, em favor das “crianças até 5 (cinco) anos de idade” (CF, art. 208, IV), o efetivo acesso e atendimento em creches e unidades de pré-escola, sob pena de configurar-se inaceitável omissão governamental, apta a frustrar, injustamente, por inércia, o integral adimplemento, pelo Poder Público, de prestação estatal que lhe impôs o próprio texto da Constituição Federal (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).”

Aprofundando-se na leitura do voto do Ministro Celso de Mello, é possível verificar como se dá o processo de legitimidade dessa atuação afirmativa do Poder Judiciário, necessária em sociedades de “modernidade tardia” como o Brasil (STRECK, 2006:1).

Primeiramente, deve-se destacar o fato de a Constituição Federal determinar que o direito à educação seja implementado mediante políticas públicas, a serem formuladas pelo Poder Legislativo e executadas pelo Executivo.

Assim, é dever do Estado concretizar o direito social à educação, “cujo adimplemento impõe, ao poder público, a satisfação de um dever de prestação positiva, consistente num *‘facere’*”. O ministro ainda ressalta que “o Estado dele só se desincumbirá criando condições objetivas que propiciem, aos titulares desse mesmo direito, o acesso pleno ao sistema educacional” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Ademais, conforme esclarece o Ministro Celso de Mello, não se discute que a prerrogativa de implementar políticas públicas reside ordinariamente nos poderes de representação e que, apenas excepcionalmente, pode o Poder

Judiciário agir no intuito de concretizar os direitos fundamentais previstos no texto constitucional.

“Embora inquestionável que resida, primariamente, nos Poderes Legislativo e Executivo, a prerrogativa de formular e executar políticas públicas, revela-se possível, no entanto, ao Poder Judiciário, ainda que em bases excepcionais, determinar, especialmente nas hipóteses de políticas públicas definidas pela própria Constituição, sejam estas implementadas, sempre que os órgãos estatais competentes, por descumprirem os encargos político-jurídicos que sobre eles incidem em caráter impositivo, vierem a comprometer, com a sua omissão, a eficácia e a integridade de direitos sociais e culturais impregnados de estatura constitucional (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).”

O Ministro ressalta que é a contumaz omissão dos demais poderes, deixando de cumprir os “encargos político-jurídicos que a eles incidem em caráter mandatório”, que possibilita essa atuação, a fim de evitar que ocorra a violação à eficácia e à integridade da Constituição Federal.

A não concretização do direito à educação acarreta manifesta inconstitucionalidade por omissão por parte do poder público, a qual o Poder Judiciário e, principalmente, o Supremo Tribunal Federal, jurisdição constitucional, deve combater. Desta forma, o STF deve agir em favor da implementação dos direitos econômicos, sociais e culturais, direitos de segunda dimensão, em especial o direito à educação, basilar em uma democracia.

O Ministro esclarece ao votar a questão que “os Municípios (à semelhança das demais entidades políticas) não poderão demitir-se do mandato constitucional, juridicamente vinculante, que lhes foi outorgado pelo art. 208 da Constituição”, o que os impede de se apoiarem em simples juízos de oportunidade e conveniência para frustrar o mandamento soberano da Constituição Federal (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

No que tange à separação dos poderes, o Ministro supracitado entende que não há qualquer transgressão a esse conceito no caso estudado, uma

vez que a necessidade de se manter a primazia da Constituição Federal justifica o comportamento afirmativo do Poder Judiciário. Recorda-se a missão institucional deste poder de guardar a Lei Fundamental da República, devendo, portanto, suprir a inércia inconstitucional dos órgãos estatais. Essa questão será detalhada no capítulo subsequente.

Em relação ao direito à educação infantil para as crianças de até 5 anos, previsto no art. 208, IV, CF, para o relator do voto ora discutido, o fato de ser essa norma de caráter programático, não pode, de forma alguma, induzir que se está tratando de mera promessa constitucional sem consequências, mas sim de norma que possui eficácia jurídica e força cogente.

Nesse contexto, deverá ser destinada parte da verba pública para a efetivação dos direitos sociais, o que implica a necessidade de se ponderar, dada a escassez de recursos, entre o que se chama de “mínimo existencial” desses direitos e os limites orçamentários do Estado, ao qual, não se poderá determinar a imediata concreção do texto constitucional, caso seja comprovada a sua incapacidade econômico-financeira (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Em relação ao conflito entre “reserva do possível” e “mínimo existencial”, o STF entendeu que o princípio da reserva do financeiramente possível não pode ser utilizado com o intuito de impedir a implementação de políticas públicas e encontra limitações no “mínimo existencial”, conforme se verifica no julgamento do ARE 639337 AgR, de relatoria do Min. Celso de Mello:

“A cláusula da reserva do possível - que não pode ser invocada, pelo Poder Público, com o propósito de fraudar, de frustrar e de inviabilizar a implementação de políticas públicas definidas na própria Constituição - encontra insuperável limitação na garantia constitucional do mínimo existencial, que representa, no contexto de nosso ordenamento positivo, emanção direta do postulado da essencial dignidade da pessoa humana.”

O “mínimo existencial”, tal qual se infere do voto ora trabalhado, decorre, de forma não explícita, da combinação de dois preceitos basilares previstos em nossa Constituição: do princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III,

CF/88), fundamento da República Federativa do Brasil, e do objetivo constitucionalmente imposto de “erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais” (art. 3º, III, CF/88).

Diante da análise do julgado acima exposto, é possível notar que a questão da judicialização das políticas públicas para a educação é bastante arraigada no ordenamento jurídico brasileiro. Por diversas vezes o STF se pronunciou no sentido de que o direito à educação infantil, como fundamental que é, não pode ser postergado (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 264).

Nessa direção, “a educação infantil representa prerrogativa constitucional indisponível” e por isso a necessidade de sua concretização é tão imperiosa, concedendo ao Poder Judiciário a autorização para intervir quando os poderes majoritários injustificadamente se omitirem (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Para o Min. Celso de Mello, “nada mais nocivo, perigoso e ilegítimo do que elaborar uma Constituição, sem a vontade de fazê-la cumprir integralmente” (ARE 639337 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 23/08/2011, DJe-177 DIVULG 14-09-2011 PUBLIC 15-09-2011 EMENT VOL-02587-01 PP-00125).

Desta forma, não havendo o espontâneo cumprimento das políticas públicas constitucionais por parte dos poderes majoritários (representativos), cabe ao Judiciário exigi-lo com o intuito de consagrar a vontade do legislador constituinte.

É dizer, o Poder Judiciário, guardião do texto da Carta Magna, deve, ainda que contra a vontade da maioria (contra os poderes majoritários), velar pela concretização dos direitos fundamentais – dentre eles o direito à educação – expressos neste texto para garantir o império da democracia.

Todavia, em que medida pode se dar essa atuação contramajoritária do Poder Judiciário? Até que ponto essa atuação, sob o argumento de protegê-la, não é um risco à democracia?

Nesse contexto, trabalha-se no próximo capítulo a doutrina da “separação dos poderes” como uma das balizas da atuação do Judiciário.

3 A SEPARAÇÃO DOS PODERES COMO UM POSSÍVEL LIMITE

A teoria da separação dos poderes, de longa data estudada, ainda hoje atrai a discussão dos juristas e cientistas políticos. É que se verificou que a concentração do poder político, quase que invariavelmente, leva a um governo autoritário por parte DO detentor do poder, e é por isso que a separação dos poderes é um princípio do Estado Democrático.

Nesse contexto, Reinhold Zippelius (1997: 401), jurista alemão, ressalta a importância do tema ora trabalhado:

“Um dos temas mais antigos e ao mesmo tempo mais actuais, talvez até a questão, no fundo, mais importante da teoria do Estado, trata do modo como se pode evitar, numa comunidade organizada e dotada de uma força integradora suficiente, uma perigosa concentração de poder, bem como um excesso de dirigismo centralizado.”

Aqui no Brasil, muito se tem discutido o tema, seja em razão da atuação do Poder Executivo que legisla excessivamente, por meio das medidas provisórias, e controla a agenda do Poder Legislativo, seja pela atuação incisiva do Judiciário, mediante, principalmente, o controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos.

Assim, cabe trabalhar a judicialização das políticas públicas sob a ótica da teoria da separação dos poderes, tentando verificar se esta seria e, caso seja, em que medida seria, um limite ao fenômeno. Seria a “separação dos poderes” o verdadeiro limite à judicialização?

3.1 Breve estudo da origem da Teoria da Separação dos Poderes

A teoria da separação dos poderes é quase sempre associada ao Barão de Montesquieu, de nome Charles Louis de Secondat, pois foi com ele que ela se difundiu. No entanto, antes dele, outros autores propuseram uma divisão do poder estatal, dentre os quais se destaca Aristóteles, na antiguidade, e John Locke, no século XVII.

Ressalta-se ainda que a Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789 prescreveu em ser art. 16 que não haveria Constituição se não fosse estabelecida a separação dos poderes.⁴² Nota-se, dessa maneira, a essencialidade da teoria, que passou a vincular o próprio conceito de Constituição, tornando-se um dogma não só na França como em outros modelos constitucionais de Estados Democráticos.

3.1.1 Aristóteles (século IV a.C.)

Com Aristóteles, em “A Política”, desenvolveu-se o conceito de “constituição mista”, que encampa a ideia de equilíbrio de forças diferentes, isto é, equilíbrio das forças das diferentes classes sociais.

Segundo sua teoria, a melhor forma de governo é a que resulta da mistura entre oligarquia e democracia, constituindo-se o meio-termo: república. Na república o poder político seria exercido pelos ricos e pelos pobres, que teriam acesso paritário ao poder público (PIÇARRA, 1989: 32-34).⁴³

Pode-se dizer: a “[...] constituição mista não é mais do que um ‘sistema político-social pluralmente estruturado’⁴⁴” (PIÇARRA, 1989: 35).

Nota-se que a ética aristotélica prioriza “o justo meio entre dois extremos”, pois Aristóteles considerava que “o ‘meio-termo’ é bom em tudo”. É nesse contexto que desenvolveu o conceito de “constituição média”, que possui como foco a mitigação da desigualdade entre as classes (PIÇARRA, 1989: 35).

Para Nuno Piçarra (1989: 35), Aristóteles quer com o primeiro conceito que ambas as classes – ricas e pobres – componham a “orgânica constitucional”, sem que uma prepondere sobre a outra. Trata-se de “equilíbrio estático” entre as classes sociais. Com o segundo, pretende que haja um “processo de integração numa grande classe média”, revelando um “equilíbrio dinâmico”.

⁴² Artigo 16º da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789: Qualquer sociedade em que não esteja assegurada a garantia dos direitos, nem estabelecida a separação dos poderes não tem Constituição.

⁴³ Faz-se nota: “a qualificação de uma constituição como mista depende, em última análise, da diversidade de proveniência social dos titulares dos cargos públicos e da diversidade de formas de provimento” (PIÇARRA, 1989: 34).

⁴⁴ Nuno Piçarra destaca que a expressão é de Ernest Barker.

Complementarmente, Jorge Amaury Maia Nunes (2010: 26) destaca que os princípios que informavam a “constituição mista” indicavam “a partição do poder entre classes”. Estabelece o autor:

“Há, pois, na teoria das constituições mistas, uma espécie de separação dos Poderes (poder político) por meio de sua distribuição entre as várias classe sociais, embora não tivesse cogitado Aristóteles, ainda, de uma expressa divisão orgânica (NUNES, 2010: 26).”

Nota-se que se está a falar da “separação horizontal dos poderes”, isto é, da divisão do poder político em que todas as classes sociais devem estar presentes no “concerto do exercício das funções estatais” (NUNES, 2010: 29-30). Reforça-se que para Jorge Amaury Nunes (2010: 26) não havia uma divisão funcional expressa.

Ainda assim, segundo Celso Ribeiro Bastos (2004: 179) é possível verificar uma divisão orgânica, em que Aristóteles delineava três principais funções: (1) uma consultiva, que cuidava de assuntos de guerra e de paz e das leis; (2) uma judiciária; e (3) uma que se encarregava dos demais assuntos de administração.

Também nesse sentido, Dirley da Cunha Júnior (2010: 268) identifica na obra de Aristóteles três partes compositoras do governo: (1) a que trata dos assuntos públicos; (2) a que cuida das funções públicas; e (3) a que se incumba do modo como deve ser o poder judiciário.

Assim, Aristóteles, de maneira incipiente, propôs uma divisão de poder do Estado, mas não nos moldes em que ela se difundiu posteriormente.

Afinal, o conceito aristotélico de “constituição mista” mais se assemelha à fase da evolução da doutrina da separação dos poderes, que propõe o “equilíbrio ou balanceamento das classes sociais através da sua participação no exercício do poder político” (PIÇARRA, 1989: 36).

3.1.2 John Locke (século XVII)

Mais de 20 séculos depois, destaca-se a doutrina de John Locke, em sua obra “*Two Treatises of Government*” (“Dois tratados sobre o governo”), de

1690, como precursora da “Teoria da Separação dos Poderes” em sua orientação clássica⁴⁵.

Amaury Maia Nunes (2010: 26) destaca que a doutrina de John Locke não possuía cunho meramente teórico, pois, ao contrário, se baseava nos acontecimentos do Estado inglês e nos “anseios políticos da época”.

Recorda-se que em 1688 o Estado inglês passou pela denominada Revolução Gloriosa, pioneira nas revoluções burguesas, pela qual se pôs fim à monarquia absoluta, substituída por uma monarquia constitucional, tendo Guilherme de Orange assumido o trono (PIÇARRA, 1989: 65).

Locke indicou no prefácio aos “Dois Tratados sobre o Governo” que pretendeu “justificar os efeitos constitucionais da Revolução de 1688”, para que se estabelecesse um “imperativo jurídico-racionalmente fundamentado”. Isto é, para que uma lógica racional fosse formulada quanto à decorrência do modelo constitucional adotado das condições históricas da Revolução Gloriosa (PIÇARRA, 1989: 65).

Para que se entenda a teoria de John Locke é essencial que se estabeleça o que ele prescrevia como pressupostos do Estado. Assim, para ele, antes do contrato social os homens vivem sob um estado de natureza, regidos pelas leis da natureza. Nesse contexto, Nuno Piçarra (1989: 67) preceitua:

“Antes da celebração do contrato ou da convenção geral, de que o Estado é efeito, os homens encontram-se num estado de natureza, que se caracteriza por ser um estado de ‘liberdade perfeita’ e de igualdade para todos. Cada homem goza do direito de fazer tudo o que entender adequado à sua conservação pessoal e à salvaguarda da sua propriedade, de acordo com a lei natural (com que se confunde a razão) que rege o estado de natureza. No estado de natureza, cada um é titular do direito de punir todo aquele que transgredir essa lei e de exigir a reparação do dano sofrido. Neste estado, porque ‘todo o poder e toda a jurisdição são recíprocos’ falta um juiz reconhecido e imparcial: cada um é juiz em causa própria.”

Apesar de o estado de natureza ser “essencialmente pacífico”, pois baseado na igualdade entre os homens, decide-se celebrar um pacto social com o

⁴⁵ Não cabe nesta monografia a discussão quanto à autoria da doutrina da separação dos poderes, se pertencente a Locke ou a Montesquieu. A esse propósito indica-se a obra de Nuno Piçarra (1989: 63).

objetivo de se preservar a propriedade⁴⁶ e realizar o bem comum (BASTOS, 2004: 54-55). Nesse sentido, John Locke (*apud* BASTOS, 2004: 55) entende que:

“[...] Os inconvenientes a que estão expostos pelo exercício irregular e incerto do poder que todo o homem tem de castigar as transgressões dos outros levam-nos a se obrigarem sob as leis estabelecidas de governo e nele procurarem a preservação da propriedade. É isso que os leva a abandonarem de boa vontade o poder isolado que têm de castigar, para que passe a exercê-lo um só indivíduo, escolhido para isso entre eles e mediante as regras que a comunidade – ou os que com tal propósito forem por ela autorizados – concorde em estabelecer. E nisso se contém o direito original dos poderes legislativo e executivo, bem como dos governos e das sociedade [...]”

Dessa forma, a sociedade política resultou do anuência de todos os homens, que se uniram para formar o “corpo social, dotado de poder”. Nesse momento nasceu o Estado, que encontrava sua legitimidade na vontade de todos. Despontam aqui as bases do Estado democrático. (BASTOS, 2004: 56).

É no surgimento do Estado que se encontram as bases para a formação dos poderes Legislativo e Executivo.

Para Locke, o Poder Legislativo é supremo, posto que ele determina como deve ser “empregada a força da comunidade para proteção de si mesma e de seus membros”. Separadamente, existe o Poder Executivo, que se subordina ao Legislativo, que deve executar as leis. Atrelado ao Executivo, Locke vislumbra os Poderes Federativo (ou Natural) e Prerrogativa (CUNHA JÚNIOR: 2010, 269).

Ressalta-se que o Poder Legislativo é em Locke um poder supremo, pois as leis “são a melhor forma de viabilizar o objetivo pelo qual os homens entram em sociedade: a fruição dos seus bens em paz e segurança” (PIÇARRA, 1989: 68).

Dentro desse contexto, pode-se dizer que Locke previa uma separação dual, pois os Poderes Federativo e Prerrogativa seriam, na realidade, funções do Poder Executivo, que exerceria a par dessas, a função executiva (CUNHA JÚNIOR, 2010: 270), diferentemente de Montesquieu conforme se verá a seguir.

⁴⁶ Nuno Piçarra (1989: 67) ressalta em nota que o conceito de propriedade de Locke não se restringe aos bens materiais, mas abarca a própria vida e a liberdade.

3.1.3 Montesquieu (século XVIII)

Montesquieu, o autor mais lembrado na doutrina original da separação dos poderes⁴⁷, publicou sua obra “*De l’Esprit des Lois*” (“Do espírito das leis”) em 1748, da qual se pode ressaltar o capítulo VI do Livro XI, intitulado “Da constituição da Inglaterra”⁴⁸ (MONTESQUIEU, 2010: 168).

Nuno Piçarra (1989: 89-90), no entanto, declara que não só neste capítulo está expressa a doutrina da separação dos poderes de Montesquieu – ainda que nele estejam alguns dos pontos essenciais da teoria – sendo necessário que se entenda o contexto global do livro.

Como se percebe já pelo nome do capítulo, Montesquieu baseia sua teoria nas ideias fundamentais do pensamento político da Inglaterra (PIÇARRA, 1989: 90), delineando o “arranjo institucional inglês” existente no século XVIII, especificamente, em sua primeira metade (AMARAL JÚNIOR, 2008: 1).

A ideia essencial de Montesquieu foi prescrever uma estrutura institucional do poder político que prevenisse contra o absolutismo (AMARAL JÚNIOR, 2008: 1). No absolutismo, todo o poder se concentrava em uma só pessoa, em geral, o rei.⁴⁹

Assim, estabelece no curto capítulo IV do Livro XI: “[...] é uma experiência eterna a de que todo homem que tem poder é levado a abusar dele; ele vai em frente até encontrar limites”. Montesquieu continua, prescrevendo: “Para que não se possa abusar do poder, é preciso que, pela disposição das coisas, o poder detenha o poder” (MONTESQUIEU, 2010: 168).

Nota-se, assim, que Montesquieu possuía uma “profunda descrença” quanto ao homem detentor do poder político, pois entendia que “a força

⁴⁷ Nuno Piçarra (1989: 89) posiciona-se no sentido de que não foi Montesquieu o primeiro a propor a teoria da separação dos poderes “com o sentido, o alcance e os objetivos que classicamente lhe são assinalados”. Para Celso Ribeiro de Bastos (2004: 180) foi Montesquieu quem expressou mais claramente a doutrina da separação dos poderes.

⁴⁸ Para José Levi Mello do Amaral Júnior (2008: 1) nesse capítulo estão “algumas das páginas que mais influenciaram o constitucionalismo ocidental”.

⁴⁹ Destaca-se a célebre frase atribuída – não comprovadamente – a Luís XIV, monarca absolutista da França: *L’État c’est moi* (o Estado sou eu).

corruptora do exercício do mando político está sempre presente” (BASTOS, 2004: 183).

Nas palavras de Montesquieu (2010: 169) é possível observar claramente o seu receio quanto à reunião dos poderes em um só corpo:

“Quando na mesma pessoa ou no mesmo corpo de magistratura o poder legislativo é reunido ao poder executivo, não há liberdade; porque é de temer que o mesmo monarca ou o mesmo senado faça leis tirânicas, para executá-las tiranicamente. Tampouco há liberdade se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo. [...] Tudo estaria perdido se o mesmo homem [...] exercesse estes três poderes: o de fazer as leis, o de executar as resoluções públicas e o de julgar os crimes ou os litígios dos particulares.”

Nesse contexto, Montesquieu prescreve a tríplice separação dos poderes: Legislativo, Executivo e Judiciário, sendo necessário para que subsista a liberdade política que os três poderes não estejam reunidos em um único órgão. É imperioso, portanto, que os poderes estejam distribuídos, de modo que um poder impeça que o outro abuse de suas funções (CUNHA JÚNIOR, 2010: 271).

Deve-se atentar, porém, que Montesquieu “nunca pregou uma divisão absoluta das funções” (BASTOS, 2004: 183). O que ele propôs foi um “mecanismo de neutralização dos poderes” (AMARAL JÚNIOR, 2008: 2) ou, em outras palavras, “uma recíproca limitação dos poderes” (CUNHA JÚNIOR, 2010: 271).⁵⁰

A bem da verdade, Montesquieu propôs não uma separação dos poderes, mas uma “comunhão das faculdades de estatuir e de impedir entre os diferentes poderes” (Legislativo e Executivo), de modo que fosse possível que um poder freasse um outro poder (AMARAL JÚNIOR, 2008: 4).

Para Montesquieu (2010: 175), o Poder Judiciário seria um poder que se neutraliza em si mesmo e os juízes da nação seriam somente “a boca que pronuncia as palavras da lei; seres inanimados que não podem nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”.

⁵⁰ No tópico seguinte será discutido se o que ocorre é uma separação em poderes ou em funções do poder político (uno e indivisível). Neste tópico mantém-se a terminologia adotada por cada autor.

A neutralização do Poder Judiciário ocorreria de duas maneiras: (1) pela maneira como se formam os tribunais e (2) pelo modo com os juízes decidem (AMARAL JÚNIOR, 2008: 2).

Basicamente, é possível comparar a formação dos tribunais proposta em Montesquieu ao que ocorre, ainda hoje, no Tribunal do Júri, no qual há um corpo de jurados, composto pelos pares (semelhantes) do réu, selecionados para a ocasião de um julgamento específico (não permanente), que podem vir a ser por ele (por sua defesa) recusados.⁵¹

Em relação à maneira pela qual decidem os juízes, como dito, estão estes limitados à letra da lei, não podendo dela se exceder (MONTESQUIEU, 2010: 170).⁵² Isto é, “a sentença do julgador já está na lei”, permitindo, dessa maneira, a garantia da segurança jurídica (AMARAL JÚNIOR, 2008: 3).⁵³

Diante dessas características, para Montesquieu (2010: 170-172), o Poder Judiciário é nulo e invisível. Nesse contexto, são os poderes Executivo e Legislativo que o preocupam, vez que é em relação a eles que se torna necessário que “o poder detenha o poder”, já que o poder de julgar é neutralizado em si próprio.

Ressalta-se que, para Montesquieu (2010: 178), é livre aquele que é submetido à lei. É assim que entende que “como num Estado livre todo homem que se considera ter uma alma livre deve ser governado por si mesmo, o povo como um

⁵¹ A esse respeito Montesquieu (2010: 170) prescreve: “O poder de julgar não deve ser dado a um senado permanente, mas exercido por pessoas tiradas do corpo do povo, em certo período do ano, da maneira prescrita pela lei, para formarem um tribunal que só dure enquanto a necessidade o exija. Destarte, não estando o poder de julgar, tão terrível entre os homens, ligado nem a certo estado, nem a certa profissão, torna-se, por assim dizer, invisível e nulo. Não temos continuamente juízes diante dos olhos; e tememos a magistratura, e não os magistrados. É preciso até, nas grandes acusações, que o criminoso, de acordo com a lei, escolha seus juízes ou pelo menos possa recusar um número tão grande deles, que os que restem devam ser de sua escolha.”

⁵² Montesquieu (2010: 170) estabelece: “os julgamentos devem sê-lo a tal ponto, que não sejam jamais senão um texto preciso da lei. Se fossem uma opinião particular do juiz, viveríamos em sociedade sem saber precisamente os compromissos que assumimos.”

⁵³ A esse propósito, Nuno Piçarra (1989: 96) preceitua: “Conhecidos os factos e a lei, o juiz apenas procede a uma operação lógica automática e forçosa, sem nada de juridicamente constitutivo. [...] A função judicial via-se, assim, reduzida a uma tarefa de aplicação mecânica lógico-silogística do texto legal cuja consistência deveria ser absoluta.”

todo deveria ter o poder legislativo” (MONTESQUIEU, 2010: 171), por meio de seus representantes.⁵⁴

Montesquieu (2010: 169) ainda esclarece o que entende por liberdade política, estabelecendo que “é essa tranquilidade de espírito que provém da opinião que cada qual tem de sua segurança; e, para que tenhamos essa liberdade, o governo deve ser tal, que um cidadão não possa temer outro cidadão.”

Dessa forma seria necessária, para que exista a liberdade, uma norma abstrata e geral que submetesse a todos de igual maneira (igualdade formal). Nesse sentido, afirma Nuno Piçarra (1989: 90): “Montesquieu apresenta a ideia de liberdade ligada intimamente à de legalidade. Trata-se, no fundo, de uma ‘liberdade normativa’”.

Ademais, estabelece que o poder Executivo deve ser confiado a uma só pessoa, para que possa agir rapidamente, enquanto o poder Legislativo é melhor ordenado por muitos, representantes dos nobres – Câmara Alta – e representantes do povo – Câmara Baixa (MONTESQUIEU, 2010: 173).⁵⁵

Como ressaltado inicialmente, a limitação de um poder pelo outro se dá pelas faculdades de estatuir e de impedir, não pela separação de suas respectivas funções (AMARAL JÚNIOR, 2008: 5). Sob outro ponto de vista, trata-se de separação relativa, pela qual é possível a “interpenetração de competências e interferências recíprocas” (CUNHA JÚNIOR, 2010: 273).

Montesquieu (2010: 173) conceitua cada uma delas: a faculdade de estatuir é o “direito de ordenar por si mesmo ou de corrigir o que foi ordenado por outrem”, ao passo que a faculdade de impedir é o “direito de tornar nula uma decisão tomada por outrem”.

⁵⁴ Afinal, para Montesquieu (2010: 171): “[...] como isso [o povo possuir o poder legislativo] é impossível nos grandes Estados e está sujeito a muitos inconvenientes nos pequenos, é preciso que o povo faça por meio de seus representantes tudo o que não pode fazer por si mesmo.”. Nesse contexto, José Levi do Amaral (2008: 3) aponta que Montesquieu era cético quanto à democracia direta.

⁵⁵ Nesse contexto, entende-se que para Montesquieu o ideal de governo é o “governo moderado”, aludindo ao modelo grego antigo de “governo misto”, em que se mistura monarquia (“governo de um ordenado para o bem comum”), aristocracia (“governo dos melhores – ou dos nobres – ordenado para o bem comum”) e democracia (“governo do povo ordenado para o bem comum”) para que não haja a “degeneração institucional” (AMARAL JÚNIOR, 2008: 2).

A coordenação entre os poderes se daria, então, pelo fato de que, sendo o “corpo legislativo” dividido em duas partes (Câmara Alta e Baixa), uma neutralizaria a outra pela faculdade mútua de impedir, e estas o seriam pelo “corpo executivo”, que de igual forma possui a faculdade de impedir⁵⁶. O executivo, por sua vez, seria neutralizado pelo legislativo (MONTESQUIEU, 2010: 176).

Esses três poderes – Rei, Câmara Alta e Baixa⁵⁷ – “deveriam formar um repouso ou uma inação. Mas, como, pelo movimento necessário das coisas, são obrigados a ir em frente, serão forçados a caminhar de concerto” (MONTESQUIEU, 2010: 176).

Destarte, havendo comum acordo haverá ação, caso contrário os poderes remanesçam parados. José Levi do Amaral (2008: 5) explica: “como liberal clássico que é, [Montesquieu] pretende prevenir o absolutismo. Então, quanto mais limitado for o poder do Estado, melhor”.

Cabe ressaltar que são também esses três poderes que compõem o “governo moderado” adotado por Montesquieu. Explica-se: o rei representa a monarquia, a câmara alta, a aristocracia e a câmara baixa se identifica com a democracia, que se combinam a fim de evitar que o sistema se corrompa (AMARAL JÚNIOR, 2008: 5).

Montesquieu, que de maneira clara expressou a coordenação entre as funções estatais, influenciou imensamente o modelo constitucional estadunidense em 1787 (salvo, principalmente, em relação à neutralidade do poder Judiciário) e a Revolução Francesa em 1789, que tornou a doutrina um dogma universal, culminando no art. 16 da Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, anteriormente citado (CUNHA JÚNIOR, 2010: 273-274).

Por fim, deve-se ter em mente que a doutrina de Montesquieu é pautada no contexto inglês da primeira metade do século XVIII, em que imperava o

⁵⁶ “O poder executivo, como dissemos, deve participar da legislação por sua faculdade de impedir, sem o que logo será despejado de suas prerrogativas. Mas, se o poder legislativo participar da execução, o poder executivo estará igualmente perdido. Se o monarca participasse da legislação pela faculdade de estatuir, não haveria liberdade. Mas, como é preciso que ele tome parte da legislação, para defender-se, deve dela participar pela faculdade de impedir” (MONTESQUIEU, 2010: 175).

⁵⁷ Nesse sentido, José Levi do Amaral (2008: 5).

liberalismo clássico. Logo, não se pode trazer a sua concepção clássica de forma rígida para as democracias atuais, imbuídas da ideologia do Estado Social. Assim é que se faz necessária a releitura da doutrina da separação dos poderes, para que se adeque aos objetivos dos “novos” Estados.

3.2 A visão contemporânea da Teoria da Separação dos Poderes

Pode-se considerar pacífico o entendimento de que é necessário que se promova uma atualização da teoria da separação dos poderes. Propõe-se, dessa forma, uma releitura adequada ao momento histórico no qual se vive e às modificações institucionais ocorridas ao longo dos séculos.

Nesse sentido, Jorge Amaury Maia Nunes (2010: 30) estabelece: “esse princípio [separação dos poderes], como qualquer outro da área da Ciência Política ou do Direito, não pode ser compreendido fora de sua dimensão histórica e deve ser historicamente atualizado”.⁵⁸

Ressalta-se que não se pode pensar o fenômeno da judicialização sob a ótica da doutrina clássica da separação dos poderes, vez que, para esta, o Poder Judiciário era um poder nulo, neutro. Nesse esfera, seria inviável pensar em Judiciário incumbido de solucionar questões políticas e morais e, conseqüentemente, a judicialização jamais ocorreria dentro do contexto do liberalismo clássico.

No entanto, no contexto das atuais sociedades constitucionais, o dogma da separação dos poderes deve ser flexibilizado, devendo ser compreendido com “temperamentos e ajustes à luz das diferentes realidades constitucionais, num círculo hermenêutico em que a teoria da constituição e a experiência constitucional mutuamente se completam, se esclarecem e se fecundam” (MENDES, COELHO e BRANCO, 2008: 156).

⁵⁸ Também pensa assim Andreas Krell (2002: 22), que estabelece: “No entanto, parece-nos cada vez mais necessária a revisão do vetusto dogma da Separação dos Poderes em relação ao controle dos gastos públicos e da prestação dos serviços básicos do Estado Social, visto que o Poderes Legislativo e Executivo no Brasil se mostraram incapazes de garantir um cumprimento racional dos respectivos preceitos constitucionais”.

É evidente que a teoria da separação dos poderes não pode ser tida como um fim em si mesma, mas servir aos objetivos do Estado. Destarte, alterando-se o Estado e suas finalidades, deve ocorrer, invariavelmente, a modificação da concepção do princípio da separação dos poderes (CANELA JÚNIOR, 2011: 72).

Por esse motivo, com a mudança do Estado Liberal para o Estado Social, o princípio da separação dos poderes passou a buscar não somente a desconcentração do poder estatal, com o intuito de limitá-lo, mas, além disso, a direcionar-se à concretização dos direitos fundamentais, para que a igualdade substancial seja atingida. Com efeito, os órgãos estatais devem atuar para realizar os objetivos do Estado (CANELA JÚNIOR, 2011: 72).

A esse propósito, Andreas Krell (2002: 90) igualmente propõe a “reformulação funcional dos poderes” de modo que a separação dos poderes não se torne um “véu ideológico”⁵⁹ a esconder a dimensão política do direito. Dessa maneira, não se pode “desprezar a realidade presente e renunciar a soluções práticas de utilidade geral”.

Feitas tais considerações, cabe analisar o que vem a ser o “poder”. O poder, conforme doutrina Norberto Bobbio (2003: 82), distingue-se em três formas: econômico, ideológico e político, que representam, respectivamente, o domínio pela riqueza, pelo saber e pela força. Esse critério toma por base o “meio de que se serve o detentor do poder para obter os efeitos desejados” (BOBBIO, 2003: 82). Serve a esse trabalho o poder em sua concepção política.

De forma clara e direta, aquele que detém o poder pode impor a sua vontade. Em razão disso é que a doutrina clássica propôs, como visto, a teoria da separação dos poderes (políticos), com o objetivo de evitar que a concentração em uma só pessoa ou em um só “corpo” de pessoas levasse à imposição da vontade exclusiva desta, ou deste.

O detentor do poder político é o Estado, sendo que esse poder emana do povo e se manifesta na soberania estatal. Ainda que se proponha uma divisão, esse poder estatal é uno e indivisível e se exprime por meio de funções,

⁵⁹ A expressão é de José Maria Gomez, conforme aponta Krell (2002: 90).

quais sejam: executiva, legislativa e judiciária. Nesse contexto, o termo mais adequado tecnicamente seria não separação de poderes, mas separação das funções estatais, pois o poder é uno (CUNHA JÚNIOR, 2010: 266-267).⁶⁰

Nesse sentido, também Osvaldo Canela Júnior (2011: 85) destaca:

“O poder estatal, caracteristicamente uno, há de ser utilizado finalisticamente. Embora uno, o poder é exercido segundo um critério funcional, pelo que a estrutura normativa da Constituição dispõe sobre suas três formas de expressão, tanto assim consideradas as atividades legislativa, executiva e jurisdicional.”

A “separação das funções estatais” se ajusta pela independência e pela harmonia entre os órgãos que compõem o Estado. A independência sob o ponto de vista organizacional revela que um Poder (entendido como função do poder político do Estado) não se subordina a outro. Ao contrário cada Poder exerce a sua função, controlando e sendo controlado por outro poder (CUNHA JÚNIOR, 2010: 277).

Deve-se ressaltar que a independência não significa que cada função seja exclusivamente exercida por um Poder, mas que predominantemente cada Poder exercerá a função para ele delineada⁶¹. Em outros termos, o Poder Legislativo será aquele que em predominância exercerá a função legislativa, pois esse é sua função típica. No entanto, o Poder Executivo poderá exercer a função legislativa, em bases excepcionais, atípicas (CUNHA JÚNIOR, 2010: 278).

Assim, pode-se dizer que não se quer que os três órgãos que compõem o Estado “se ignorem reciprocamente e que queiram ser absolutamente bastantes a si mesmos” (BASTOS, 2004: 184). Aliás, diante do avanço histórico, entende-se que ocorreu a “perda gradativa da pureza de cada uma das funções do Estado” (BASTOS, 2004: 184).

⁶⁰ No entanto se adotará o termo Poder (com letra maiúscula) para se referir à função do poder político estatal.

⁶¹ Para Paulo Salvador Frontini (2001: 697): “O atributo de independência do Poder significa que, em seu âmbito de atuação, cabe-lhe tomar as deliberações que entende adequadas, segundo critério próprio, cuja apreciação é vedada aos demais Poderes”. Isso é bastante discutível já que, por exemplo, o Poder Judiciário pode exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos demais Poderes.

Nesse contexto, Reinhold (1997: 416) aponta que as rupturas ao esquema clássico da divisão dos poderes ocorre não somente quando um Poder exerce influência sobre outro, mas também quando exerce funções de outro Poder.

Dessa forma, não se pode cogitar de uma separação rígida entre as funções estatais, pois essa não se coaduna com Estado atual. Além de impraticável, diante da unidade do poder, é indesejada, já que o que se busca é uma “coordenação” ou “colaboração” entre os Poderes (CUNHA JÚNIOR, 2010: 279).

Os Poderes do Estado exercem “controle mútuo” ou “interferência recíproca”, em um sistema de freios e contrapesos, para que se mantenha o equilíbrio político, se garanta a liberdade e se alcance o bem comum. (CUNHA JÚNIOR, 2010: 279). Nesse contexto, destaca-se que:

“Como princípio constitucional concreto, o princípio da separação de Poderes articula-se e concilia-se com outros princípios constitucionais positivos, como os princípios da dignidade da pessoa humana, da aplicabilidade imediata, das normas definidoras dos direitos fundamentais, da inafastabilidade do controle judicial, da conformidade dos atos estatais com a Constituição, entre outros (CUNHA JÚNIOR, 2010: 281).”

No entanto, é imperioso que se evidencie que não se pode, quando do entrosamento entre os Poderes, sacrificar o “núcleo essencial” de cada Poder, sob pena de se deixar de proteger a liberdade, pela ausência de limitação do poder do Estado, frustrando o equilíbrio acima propalado (CUNHA JÚNIOR, 2010: 280).

Em suma, o que se pode observar é que os Poderes, as funções ou as “formas de expressão do poder estatal”⁶² devem coordenar-se para a concretização das finalidades do Estado Social, funcionando como instrumentos pautados nos parâmetros delineados pela Constituição Federal (CANELA JÚNIOR, 2011: 73; GRINOVER, 2010: 13). Na Constituição de 1988 os objetivos estatais estão previstos no art. 3º, conforme já analisado.

Assim, esses Poderes devem ser, além de independentes, harmônicos entre si, como prescreve o art. 2º da Carta de 1988. Dessa forma, devem harmonizar-se com o intuito de concretizar os escopos da República

⁶² Termo utilizado por Osvaldo Canela Júnior (2011).

brasileira (GRINOVER, 2010: 13). Somente assim é possível realizar uma leitura sistemática dos artigos 2º e 3º da Constituição Federal.

Sob a égide do Estado Social, a atividade do Estado deve ser reorganizada para que se atinja as metas estabelecidas, ou seja, deve ser guiada pelas “finalidades coletivas”. Portanto, os Poderes Públicos devem voltar-se, prioritariamente, para o alcance das condições básicas que possibilitem a concretização da igualdade social (COMPARATO, 2002: 5).

Afinal, “o Estado existe para atender ao bem comum” e isso significa satisfazer espontaneamente os direitos fundamentais, pelo que estará garantindo mais que uma “democracia política”, uma “democracia social” (CANELA JÚNIOR, 2011: 85).

Prioritariamente, as políticas públicas destinadas à concretização dos direitos fundamentais serão promovidas, concorrentemente, pelos Poderes Executivo e Legislativo, “pela própria natureza dos fins do Estado”, associada à igualdade substancial. Como visto, a atuação das formas de expressão do poder estatal pauta-se na independência (CANELA JÚNIOR, 2011: 86).

No entanto, sendo o Judiciário o Poder constitucionalmente designado para exercer o controle de constitucionalidade, será ele quem analisará a adequação da atuação dos demais Poderes, na efetivação das políticas públicas, perante a Carta Magna. Em última análise, é o Judiciário que determina a dimensão do princípio da separação dos poderes, pois a função (competência) de cada Poder é prevista em âmbito constitucional (CANELA JÚNIOR, 2011: 86).

Por fim, deve-se ter por certo que a independência entre os Poderes determinada pela Constituição não pode servir como justificativa ao descumprimento dos outros princípios e objetivos dispostos no texto constitucional.

Caso os Poderes não cumpram as obrigações que a Constituição lhes impôs, estará autorizando o Poder Judiciário a exercer a sua função prioritária, qual seja: o controle de constitucionalidade, para evitar que as condutas comissivas e omissivas dos outros Poderes violem a Carta Magna e os objetivos por ela estabelecidos (CANELA JÚNIOR, 2011: 87).

Cabe, então, analisar o atual papel do Poder Judiciário.

3.3 O atual papel do Poder Judiciário:

3.3.1 O papel do Poder Judiciário no Estado Liberal: breves considerações

A atuação do Poder Judiciário era antes limitada à reprodução estrita do texto previsto na lei, pois os juízes, entendidos como “seres inanimados”, não podiam “nem moderar a força nem o rigor dessas palavras”, conforme preconizava Montesquieu.

O Estado Liberal, como visto, era um Estado que via a atividade legislativa como uma atividade suprema. Isso porque a liberdade se baseava na legalidade, e a igualdade buscada era a igualdade formal. O que se desejava, àquele momento, era que todos fossem igualmente submetidos a uma mesma norma abstrata e geral.

Assim, a atividade legislativa era a mais cara do sistema liberal e preponderava sobre as demais (CANELA JÚNIOR, 2011: 85). Esse posicionamento, que reinava na lógica do liberalismo clássico, teve como consequência um Judiciário “perigosamente débil e confinado, em essência, aos conflitos privados” (CAPPELLETTI, 1999: 53).

A neutralização do Judiciário era característica essencial do Estado de Direito burguês. Essa neutralidade se apoiava na posição de centralidade da lei, em que o juiz estava adstrito ao princípio da legalidade, sendo vedada a decisão *contra legem*. O direito era aplicado somente pelo processo de subsunção do fato à norma, não devendo o juiz se dedicar ao “jogo dos interesses concretos” (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 14-15).

Diante dessa conjuntura, Tércio Sampaio (1994: 15) estabelece: a “atividade jurisdicional guiada superiormente pela lei e pela constituição não se vincula a nenhum direito sagrado ou natural nem exige um conteúdo ético ainda que teleologicamente fundado. Acima de tudo, o importante é que a lei seja cumprida.”

Em razão das profundas alterações ocorridas ao longo do último século, fruto do aumento da complexidade da vida humana motivado pela sociedade tecnológica, a função do Poder Judiciário alterou-se significativamente. Pode-se falar em uma “desneutralização política”, pelo que os juízes são convocados a desempenhar uma “função socioterapêutica”, sujeitando-se a uma “responsabilidade prospectiva”, voltada para a consecução das finalidades políticas do Estado Social (FERRAZ JÚNIOR, 1994: 18).

Assim, verifica-se que, com o advento do Estado Social, um novo papel foi atribuído ao antes frágil juiz, que passa a dotar suas decisões de um caráter político, visando à consolidação dos objetivos delineados pelo Estado.

Não mais se pode falar em um juiz neutro, alheio a qualquer processo de criação do direito e vinculado somente ao texto da lei. Afinal, os direitos sociais, que promovem a redução das desigualdades fáticas, impõem ao juiz a busca pela concretização do ideal de justiça esboçado pelo Estado.

3.3.2 O Poder Judiciário na sociedade contemporânea

Como visto, nas sociedades democráticas contemporâneas o juiz passa a exercer um papel de destaque na solidificação dos objetivos estatais e na concretização dos direitos fundamentais estabelecidos pela Constituição.

Essa mudança pode representar um benefício, conforme aponta Vianna (*et al.*, 1999: 11), por representar uma “nova arena” para discutir as polêmicas “entre princípios e valores”, do que se pode obter uma limitação da vontade da maioria. Assim ele estabelece:

“[...] essa inédita realidade, longe de implicar perda para o ideal republicano, pode apontar para o seu fortalecimento, dependendo, nesse caso, do papel desempenhado pelos diferentes atores sociais no sentido de divisar novas articulações entre os sistemas da representação e da participação” (VIANNA *et al.*, 1999: 12).

Nesse contexto, pode-se dizer que, em última análise, o Poder Judiciário passou a ser palco de discussões morais e políticas. Osvaldo Canela Júnior (2011: 114-115), relata que a anterior aversão ao conteúdo político da

atividade jurisdicional permitiu que ocorresse a hipertrofia dos demais Poderes, imunes a um controle do Judiciário, submetido à posição de mero reproduzidor do texto legal.

Apontam-se duas modificações principais que resultaram na alteração indicada do papel do Poder Judiciário: a primeira, que expandiu a competência da atividade jurisdicional, concedendo a este a função de fiscal de lei e da Constituição; a segunda, o surgimento de uma nova geração de direitos, os direitos sociais (CANELA JÚNIOR, 2011: 115-116).

Werneck Vianna (et.al., 1999: 21) indica que a “agenda da igualdade” é que estimula a transformação do Judiciário, pois “além de importar a difusão do direito na sociabilidade, redefine a relação entre os três Poderes, adjudicando ao Poder Judiciário funções de controle dos poderes políticos”.

Os direitos sociais, em razão de suas características próprias, autorizam que o Poder Judiciário combata a conduta passiva do outros Poderes, pois a violação a esses direitos fundamentais ocorre não só pela atuação restritiva do Estado em relação aos indivíduos, mas também pela omissão em concretizá-los. Assim, Andreas Krell (2002: 109) preceitua:

“Exige-se, cada vez mais, a influência do Terceiro Poder na implementação das políticas sociais e no controle da qualidade das prestações dos serviços básicos, com ênfase no novo papel – também político – dos juízes como criadores ativos das condições sociais na comunidade que já não combina mais com as regras tradicionais do formalismo. Por fim, resta constatado que o Judiciário brasileiro, sozinho, certamente não será o “salvador da pátria”, mas pode e deve mediante decisões firmes exercer seu importante papel no processo político da realização dos Direitos Fundamentais Sociais através da melhoria gradual e permanente dos serviços públicos básicos.”

A primeira modificação, que atribui ao Poder Judiciário a competência de controlar a legalidade dos atos da administração e a

constitucionalidade das leis e dos atos do poder público, possui inúmeros reflexos na relação entre o Poder Judiciário e os poderes representativos.⁶³

A esse propósito, Zulmar Fachin (2012: 567) se manifestou apresentando as novas funções atribuídas aos juízes com a promulgação da Constituição de 1988. Ressalta que a Carta Magna concedeu ao Judiciário “legitimidade para controlar o arbítrio dos demais poderes”. Assim, a atividade jurisdicional passa a ser:

“[...] o poder e o dever de anular atos administrativos ilegais; invalidar atos praticados com abuso de poder; declarar a inconstitucionalidade de leis e atos normativos.[...] Nessa perspectiva, o Supremo Tribunal Federal assume o papel de *guarda da Constituição* [...] (FACHIN, 2012: 567 – grifo no original).”

Em razão da pertinência maior com o tema, se limitará, no presente trabalho, a estabelecer as linhas do controle de constitucionalidade e da jurisdição constitucional.

Conforme indica Barroso (2012: 365) a jurisdição constitucional se refere à aplicação e interpretação do texto constitucional por parte do Poder Judiciário, compreendendo “o poder exercido por juízes e tribunais na aplicação direta da Constituição, no desempenho do controle de constitucionalidade [...] e na interpretação do ordenamento infraconstitucional conforme a Constituição”.

Para Dieter Grimm (2006: 3), a jurisdição constitucional é “tão antiga quanto o constitucionalismo democrático”. No entanto, conforme ressalta o autor, durante muito tempo, somente os Estados Unidos exercia o controle da constitucionalidade “das decisões emanadas do Poder Legislativo”.

Interessante constatação é a de que isso se dá em razão da própria história de colonização dos Estados Unidos pela Inglaterra (LEITE, George e LEITE, Glauco, 2010: 318-323).

Afinal, antes as colônias que compunham os EUA eram regidas pelos supremos “Estatutos da Coroa”, que lhes eram impostos pela coroa britânica.

⁶³ A esse propósito: “A efetivação dessa supremacia da Constituição depende da existência de um sistema adequado de controle e anulação do ato inconstitucional. Onde ele inexistente ou é impotente [o controle], de fato a Constituição torna-se flexível (FERREIRA FILHO, 2007: 74)”.

As colônias possuíam autorização para criar suas próprias leis locais, desde que respeitados os limites impostos pelas “Leis do Reino” inglês (LEITE, George e LEITE, Glauco, 2010).

Quando os Estatutos foram substituídos pelas Leis Fundamentais dos Estados independentes, estas assumiram a posição suprema que antes era concedida às leis da Inglaterra, por ordem do reino inglês. Assim, os juízes continuaram a submeter as leis locais a uma lei maior, que agora eram as “Cartas Fundamentais” dos Estados, deixando de aplicar aquelas caso estivessem contrariando estas (LEITE, George e LEITE, Glauco, 2010).⁶⁴

Nota-se que o controle de constitucionalidade estadunidense é essencialmente difuso e incidental. A criação de uma Corte Constitucional, responsável pelo exercício do controle de constitucionalidade concentrado só ocorreu em 1920 com a Constituição austríaca, que expressamente previa o poder de revisão dos atos do Legislativo pelo Judiciário (GRIMM, 2006: 4).

Em todo caso, seja pelo controle de constitucionalidade difuso ou concentrado, o Judiciário defende a supremacia da Constituição, que passa a ser vista, conforme entendia Kelsen, como a norma superior na hierarquia do ordenamento jurídico estabelecido (GRIMM, 2006: 4).

Não cabe aqui estabelecer as características de cada forma de controle, mas analisar a jurisdição constitucional sob outro aspecto essencial: a sua legitimidade democrática.

O que se pretende é verificar se o Poder Judiciário quando está a realizar o controle das políticas públicas de educação ultrapassa a função constitucionalmente delineada a ele, violando o princípio da separação dos poderes, ou se está a exercer atividade para a qual é competente. Neste último caso, está o Judiciário contribuindo com a democracia?

⁶⁴ Além disso, ressalta-se que, como as obrigações instituídas às colônias eram fruto das atividades do Parlamento inglês, o Legislativo sempre foi visto com muito temor. Nesse contexto, a posição suprema concedida em toda a Europa ao Legislativo, e às leis que ele criava, não o foi nos Estados Unidos, que muito mais o tinha como fonte de repressão. Nos EUA, desde o início se adotou a hegemonia da Constituição (LEITE, George e LEITE, Glauco, 2010).

Nesse contexto, Dieter Grimm (2006: 11-13) aponta diversas vantagens do controle judicial da constitucionalidade em relação ao controle político.

As cortes constitucionais preocupam-se antes de mais nada com o Direito, enquanto os políticos atuam em ambiente competitivo e possuem como objetivo a vitória eleitoral, o que pode levá-los a realizar a interpretação que mais favoreçam seus propósitos políticos (GRIMM, 2006: 11).

Ademais, a ausência de uma jurisdição constitucional, “árbitro independente”, faz com que os conflitos pertinentes à constitucionalidade dos atos governamentais sejam sempre decididos de acordo com a maioria, o que poderia suprimir a minoria, o que pode levar à desestabilização do sistema democrático (GRIMM, 2006: 12).

Por último, destaca-se que a jurisdição constitucional contribuiu para legitimidade do próprio sistema democrático, vez que pode estabelecer um consenso auxiliando na “definição do bem comum”. Deve-se recordar a dificuldade que as sociedades pluralistas possuem de garantir a “legitimidade e estimular a motivação política”, o que leva ao dissenso democrático, principalmente considerando a troca constante de maiorias (GRIMM, 2006: 13).

Nesse contexto, Barroso (2012: 79) entende que os argumentos a favor da legitimidade democrática da jurisdição constitucional são inúmeros, mormente em razão da “clara insuficiência da teoria da separação dos Poderes” e da “superação do modelo de democracia puramente representativa”.

Assim, a proteção dos direitos fundamentais, bem como a garantia dos procedimentos democráticos, inclusive assegurando a adequada participação das minorias, podem ser enaltecidos como benefícios do controle judicial. Outrossim, a jurisdição constitucional auxilia no novo equilíbrio entre os Poderes, vez que com o Estado moderno as funções do Legislativo e Executivo se expandiram (BARROSO, 2012: 79-80).

Pelo exposto, entende-se que a via correta para o controle de constitucionalidade é, de fato, a judicial. A jurisdição constitucional exerce grande

papel na sociedade contemporânea, contribuindo para a consolidação da democracia, e deve ser por isso mantida.

Contudo, a jurisdição constitucional e atuação incisiva do Judiciário também apresentam riscos para a democracia, que devem ser considerados e, em alguns casos, combatidos.

3.3.3 O Judiciário Paternalista e os riscos para a democracia

O Poder Judiciário de outrora nulo é agora marcado por um campo grande, e essencial, de atuação na esfera política.

Dentro desse cenário, há de se ponderar se a “politicização” do juiz é benéfica ou não, verificando se esse novo papel faz ou não faz com que o Judiciário englobe os Poderes majoritários. Como aponta Cappelletti (1999: 33-34) há de se discutir se se estaria retornando a um “estado totalitário”. Importa destacar:

“Certamente, o surgimento de um dinâmico terceiro gigante, como guardião e controlador dos poderes políticos do novo estado leviatã, constitui por si mesmo um acontecimento não imune aos riscos de perversão e abuso. Existe, antes, certa semelhança entre esses riscos e os decorrentes de outras manifestações do gigantismo estatal, de natureza legislativa ou administrativa: riscos de autoritarismo, lentidão e gravosidade, de inacessibilidade, de irresponsabilidade, de inquisitorialidade policialesca. Nada obstante, deve-se desde logo afirmar que, com relação ao poder judiciário, cuida-se de riscos menos graves, senão por outra razão porque, exatamente por sua própria natureza e estrutura, é o ramo ‘menos perigoso’ (CAPPELLETTI, 1999: 49).”

Nessa seara cabe a discussão quanto aos riscos que a jurisdição constitucional apresenta à democracia.

Dieter Grimm (2006: 13-16) faz bem essa análise, ressaltando que esses riscos não se dão em razão da possibilidade de se proferir decisões equivocadas, pois o “risco de erro” é atinente a todas as instituições detentoras da última palavra em determinada matéria.

No entanto, a jurisdição constitucional não se submete ao controle democrático, pois pode afastar a vontade dos representantes eleitos pelo povo, sem

ser perante ele responsável (GRIMM, 2006: 13). Isso é ainda mais grave em países nos quais os juízes não são eleitos, como no Brasil.

Conforme aponta Grimm (2006: 14) “a falta de responsabilidade e de controle democrático” poderiam representar risco menor caso os juízes, quando no exercício da jurisdição constitucional, “pudessem ser encarados somente como aplicadores de normas constitucionais gerais a casos individuais”, o que não ocorre.

Nesse sentido, Dieter Grimm (2006: 15) pondera: “o controle judicial de constitucionalidade constitui uma mistura de elementos cognitivos e voluntaristas. As normas que vinculam o governo são criadas, em larga medida, pelas cortes no processo de interpretação”. Cabe, dentro dessa discussão, ressaltar o posicionamento de Gisele Cittadino (2004: 109):

“[...] a despeito do fato da dimensão inevitavelmente ‘criativa’ da interpretação constitucional – dimensão presente em qualquer processo hermenêutico, o que, por isso mesmo, não coloca em risco, a lógica da separação dos poderes –, os tribunais constitucionais, ainda que recorram a argumentos que ultrapassem o direito escrito, devem proferir ‘decisões corretas’ e não se envolver na tarefa de ‘criação do direito’, a partir de valores preferencialmente aceitos.”

Outrossim, Dieter Grimm (2006: 14) aponta que a jurisdição constitucional possui a tendência de judicializar o discurso político. Esse argumento é a razão de ser do presente trabalho e quanto a isso faz-se um síntese mediante o discurso de Paulo Bonavides (2006: 461- 462):

“[...] O erro do jurista puro ao interpretar a norma constitucional é querer exatamente desmembrá-la de seu manancial político e ideológico, das nascentes da vontade política fundamental, do sentido quase sempre dinâmico e renovador que de necessidade há de acompanhá-la. [...] Mas do mesmo passo não se há de conceder importância extrema ao elemento político de que se acha impregnada a norma constitucional. Fazer isso seria cair no extremo oposto, chegando-se por essa via ao sacrifício da norma.”

É possível notar, neste e em outros tantos momentos, que o tema discutido no presente trabalho é pautado em tênues limites, sendo mais muito fácil identificar que as posturas que não devem ser adotadas encontram-se nos extremos. A jurisdição constitucional terá de analisar conteúdo político, vez que a

Constituição é essencialmente política. Contudo, ela não pode fugir do controle técnico, passando a pautar-se em juízes de valores arbitrários.

Assim é que se deve ter em mente que a “crescente busca, no âmbito dos tribunais, pela concretização de direitos individuais e/ou coletivos também representa uma forma de participação no processo político” (CITTADINO, 2004: 105).

Adentra-se, agora, na análise da postura do Poder Judiciário, especificamente da jurisdição constitucional, e os riscos que apresenta à democracia com base em elementos buscados na psicanálise. Se está a falar da interessante doutrina de Ingeborg Maus, que enxerga o Judiciário como o “superego” da sociedade (MAUS, 2000: 185).

Para Ingeborg Maus (2000: 185) o “Terceiro Poder” possui característica marcante de “pai”, mormente na jurisdição constitucional dos Estados Unidos, onde alguns juízes são vistos como “profetas” ou “deuses do Olimpo do direito”⁶⁵.

Infere-se de seu texto que os antigos monarcas eram reconhecidos como os “pais” das sociedades em que reinavam, pois possuíam o mais alto papel de destaque no Estado, estando acima do controle.

É assim que Ingeborg Maus (2000: 187) estabelece a comparação entre o monarca, o antigo “pai”, e o Judiciário paternalista de hoje:

“Quando a justiça ascende ela própria a condição de mais alta instância moral da sociedade, passa a escapar de qualquer mecanismo de controle social – controle ao qual normalmente se deve subordinar toda instituição do Estado em uma forma de organização política democrática.”

Eis que o risco para a democracia reside nas situações em que se passa a perceber o Judiciário como última palavra nas questões políticas e morais da sociedade, afastando as instituições naturais, mais abertas ao debate e ao processo de construção do consenso democrático.

⁶⁵ Para Ingeborg Maus (2000: 185) a “atual tendência ao biografismo” demonstra uma “reação passiva da personalidade em face de uma sociedade dominada por mecanismos objetivos”.

Nesse contexto, Ingeborg Maus (2000: 187) profere a seguinte indagação: “não será a Justiça em sua atual conformação, além de substituta do imperador, o próprio monarca substituído?”.

Em última análise, se quer saber se o Judiciário pode atuar da maneira como vem fazendo, em que se considera como capaz de estabelecer qual é a vontade do povo, de certa forma “imitando” o que faziam os monarcas.

As decisões atuais têm se baseado não na expressão da lei (lei essa promulgada pelos representantes do povo), mas em valores que, a pretexto de representarem a real vontade e necessidade do povo, podem significar uma arbitrariedade por parte, principalmente, da Corte Constitucional, sendo um risco para a democracia.

Assim, Ingeborg Maus (2000: 200) alerta para o fato de que a “Justiça reavivou fortes momentos de domínio patriarcal e de autonomia decisória quando relativizou matérias legais isoladas, apelando para convenções morais e ‘valores’”. A autora (2000: 196) ainda estabelece:

“Desta maneira, o juiz torna-se o próprio juiz da lei – a qual é reduzida a ‘produto e meio técnico de um compromisso de interesses’ –, investindo-se como sacerdote-mor de uma nova ‘divindade’: a do direito suprapositivo e não escrito. Nesta condição é-lhe confiada a tarefa central de sintetizar a heterogeneidade social.”

Ademais, passa-se a necessitar que a Corte Constitucional, ou o Judiciário, confirme os direitos inerentes ao cidadão, que infantilizado pela atitude paternalista do “Terceiro Poder” não os têm como próprios. Nesse sentido, destaca-se: “O infantilismo da crença na Justiça aparece de forma mais clara quando se espera da parte do Tribunal [...] uma retificação da própria postura em face das questões que envolvem a cidadania” (MAUS, 2000: 190).

Isso ocorre porque o Judiciário desestimula a busca pelo consenso, pois acaba impondo o que entende por consenso e se torna a instância responsável pela concessão dos direitos. É o que deixa claro Ingeborg Maus (2000: 190) quando estabelece:

“As exigências da justiça social e proteção ambiental aparecem com pouca frequência nos próprios comportamentos eleitorais e muito menos em processos não institucionalizados de formação de consenso, sendo projetada a esperança de distribuição desses bens nas decisões da mais alta corte.”

Quando se trata dos conflitos sociais é ainda mais difícil não esperar do Judiciário a “interferência paterna”, pois mesmo quem procura evitar a “precitada” postura paternalista, “seguindo critérios antiautoritários de educação”, favorece a estrutura autoritária nessas situações (MAUS, 2000: 190).

Encontra-se no texto de Andreas Krell (2002: 70) expressão clara do expectativa de uma atuação do “pai” Poder Judiciário e da inversão, na concretização do consenso, que ela provoca:

“Na medida em que é menor o nível de organização e atuação da sociedade civil para participar e influenciar na formação da vontade política, aumenta a responsabilidade dos integrantes do Poder Judiciário na concretização e no cumprimento das normas constitucionais.”

Portanto, é preciso que o Judiciário não atue tão afirmativamente nas instâncias políticas, sob pena de frustrar a atuação da sociedade civil e política nos palcos onde o debate democrático é essencialmente realizado. É preciso que se lute pelo consenso, não que se tenha este por imposição.

Os direitos, princípios e objetivos previstos na Constituição precisam, sim, ser implementados na “história política” do nosso país. No entanto, não é necessário que se invoque o “domínio dos tribunais”, nem que se defenda uma “ação paternalista por parte do Poder Judiciário” (CITTADINO, 2004: 110). Giselle Cittadino (2004: 110) continua:

“A própria Constituição de 1988 instituiu diversos mecanismos processuais que buscam dar eficácia aos seus princípios e essa tarefa é responsabilidade de uma cidadania juridicamente participativa que depende, é verdade, da atuação dos tribunais, mas sobretudo, do nível de pressão e mobilização política que, sobre eles, se fizer.”

Desse modo se conclui que a atuação das Cortes Constitucionais não é em si um risco para a democracia, mas a total substituição das instituições políticas pela vontade do Poder Judiciário é. Afinal, o Poder Judiciário não deve

substituir a busca por um consenso democrático, impondo aquilo que entende ser o “bem comum”.

A sociedade civil e política é que deve se mobilizar com o intuito de conquistar a cidadania, para que seja inculcada em cada cidadão brasileiro uma consciência democrática. Assim, se entende que o Judiciário não deve ser tido como a chave essencial para a consolidação da democracia, ainda que em muito possa contribuir para que esta seja alcançada, pois não é o palco mais adequado para a realização do processo político e para construção do consenso democrático.

CONCLUSÃO

A judicialização é um fenômeno que vem ocorrendo em vários países ocidentais, inclusive no Brasil. No cenário brasileiro, ela resulta, principalmente, da ampliação das funções do Poder Judiciário e da busca pela redemocratização, que se deram com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

O modelo abrangente de controle de constitucionalidade (difuso e concentrado) adotado em nosso ordenamento pode ser apontado como fator determinante para a judicialização em nosso país (e em se tratando do controle concentrado, destaca-se ainda o extenso rol de legitimados para a propositura das ações diretas).

Se judicializar é tornar judicial a análise de questões políticas (morais ou sociais), o fato de caber ao Judiciário o controle da compatibilidade dos atos do poder público com a Constituição, documento essencialmente político, incentiva a assunção da posição de destaque do “Terceiro Poder” nessa seara de discussão.

As políticas públicas podem ser entendidas como o conjunto de atos dos Poderes estatais voltados para a consecução dos fins do Estado, previstos pela Constituição Federal de 1988 em seu art. 3º. Para concretizá-los, todos os Poderes devem agir, mas as políticas públicas são preponderantemente realizadas pelos Poderes Executivo e Legislativo.

A judicialização das políticas públicas decorre, então, do controle judicial da compatibilidade dessa atividade voltada para a concretização dos objetivos estatais com a Constituição Federal.

Quando os Poderes representativos atuam inadequadamente ou deixam de atuar, violando os preceitos constitucionais, o Poder Judiciário, caso seja provocado, pode entender pela inconstitucionalidade desses atos, determinando a sua correção. Assim, em última análise, o Judiciário estaria decidindo sobre a implementação de políticas públicas.

Em se tratando de políticas públicas de educação essa atuação do Poder Judiciário ocorre ainda mais facilmente. Isso porque a Constituição Federal de 1988 expressamente determina que a educação é dever do Estado, que deve prestar o ensino fundamental de forma obrigatória e gratuita. Além disso, também está expresso no texto constitucional que o acesso ao ensino fundamental é direito público subjetivo.

Por ser direito público subjetivo, caso o direito à educação seja violado (ou não satisfeito) o seu titular pode adentrar a esfera judiciária por meio de uma ação para repelir a transgressão, podendo exigir do poder público a sua concretização. Deve-se recordar que a educação é um direito de todos, então todos os indivíduos podem acionar o Judiciário para buscar a sua satisfação.

Para que se analise a ocorrência da violação toma-se por base a noção do mínimo existencial, isto é, o direito à educação deve ser concretizado minimamente de forma a garantir a dignidade da pessoa humana. Há de se ponderar a exigência de efetivação do direito à educação com os limites orçamentários do Estado, mas estes não podem ser invocados para frustrar a implementação de políticas públicas dentro do que é minimamente digno.

Ademais, a separação entre os Poderes Públicos não é mais vista como uma separação absoluta, devendo ser buscada uma coordenação entre as funções do Estado (executiva, legislativa e judiciária) exatamente para que se atinja a efetivação das finalidades do Estado. Outrossim, é função do Judiciário exercer o controle de constitucionalidade dos atos dos poderes públicos.

Diante dessa conjuntura, verifica-se que o Poder Judiciário quando está exercendo o controle de constitucionalidade sobre as políticas públicas de educação não está senão cumprindo a função estabelecida pela Constituição Federal. O Judiciário age quando os demais Poderes se omitem violando a ordem constitucional. O que o “Terceiro Poder” vem fazendo no campo das políticas públicas está dentro das escolhas feitas pelo legislador constituinte.

Nesse contexto, cabe também ressaltar que essa postura do Judiciário é importante para a concretização dos direitos sociais e contribui para uma

democracia participativa. Principalmente considerando que o direito à educação é essencial para que se construam cidadãos, sendo imperioso que o Estado busque a sua efetiva realização.

Assim, se verifica que a separação dos poderes não pode ser imposta propriamente como um limite à judicialização aqui no Brasil, mesmo porque o Judiciário, quando exerce o controle judicial das políticas públicas, dentro das bases delineadas ao longo do trabalho, não está a frustrar a competência a ele atribuída pela Constituição Federal.

Não sendo a separação um limite, há de se ponderar que ao mesmo tempo que o Poder Judiciário pode contribuir para uma democracia participativa, ele pode acabar frustrando a consolidação de uma consciência democrática por meio da mobilização política da sociedade civil e seus representantes.

Dessa forma, o risco para a democracia reside nas situações em que se passa a perceber o Judiciário como última palavra nas questões políticas e morais da sociedade, afastando as instituições naturais, mais abertas ao debate e ao processo de construção do consenso democrático.

Afinal, uma posição “paternalista” do Poder Judiciário pode acabar por infantilizar a democracia brasileira trazendo prejuízo para esse debate e o processo político, pois a desejada consciência democrática não pode ocorrer somente por imposição do Judiciário, mas deve ser conquistada pelos cidadãos brasileiros.

O fato é que o Direito é fruto da sociedade e, com ela, está em constante movimento. Se em um momento de estrito formalismo a inserção de valores morais parece ser solução salvadora e libertária, num momento de decisionismo judicial, as bases objetivas fornecidas pela lei parecem ser bastante tentadoras.

Portanto, não se está aqui a apontar as soluções para esse impasse, mas sim a indicar a existência de um problema que deve ser analisado. A educação é essencial para a democracia, assim como um Poder Judiciário capaz de servir como contrapeso aos demais Poderes.

No entanto, o Judiciário não pode servir como único palco para o debate democrático, sendo fundamental que os outros poderes retomem uma ação mais incisiva no cenário da concretização dos direitos sociais. Assim se conclui que a atuação do “Terceiro Poder” não é em si um risco para a democracia, mas a substituição das instituições políticas por este é.

Afinal, há de se ter em mente: a soberania é popular, não judicial.

REFERÊNCIAS

ALEXY, Robert. On constitutional rights to protection. 2009. Disponível em: <http://www.4shared.com/document/v9rQDr9r/On_Constitutional_Rights_to_Pr.html> Acesso em: 20 nov. 2011 às 13:46.

_____. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2011, 669 p.

AMARAL JÚNIOR, José Levi Mello do. Sobre a organização de poderes em Montesquieu: comentários ao capítulo VI do livro XI de O espírito das leis. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, vol. 868, 2008.

AMARAL, Márcia Terezinha Gomes. **O direito de acesso à justiça e a mediação**. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2009, 177 p.

AMARAL, Marianne Gomes de. Os limites da judicialização das políticas públicas: uma análise sob a ótica do direito fundamental social à educação na realidade pós-constituição federal brasileira de 1988. **Caderno Virtual (IDP)**, vol. 1, n. 1 (1): XII Curso de formação em Teoria Geral do Direito Público. Disponível em: <<http://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/index.php/cadernovirtual/article/viewFile/705/554>>. Acesso em: 27 set. 2012 às 16:37.

BARCELLOS, Ana Paula de. Neoconstitucionalismo, direitos fundamentais e controle das políticas públicas. 2006. Disponível em: <<http://www.mundojuridico.adv.br/cgi-bin/upload/texto853.pdf>>

BARROSO, Luís Roberto. **O controle de constitucionalidade no direito brasileiro: exposição sistemática da doutrina e análise crítica da jurisprudência**. 6. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.

_____. **O direito constitucional e a efetividade de suas normas: limites e possibilidade da constituição brasileira**. 4. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

_____. Judicialização, ativismo judicial e legitimidade democrática. 2008. Disponível em: <http://www.direitofranca.br/direitonovo/FKCEimagens/file/ArtigoBarroso_para_Selecao.pdf>

BASTOS, Celso Ribeiro. **Curso de teoria do estado e ciência política**. 6. ed. São Paulo: Celso Bastos Editora, 2004, 331 p.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Tradução de Carlos Nelson Coutinho. Rio de Janeiro: Campus, 1992, 217 p.

_____. **Estado, governo, sociedade; por uma teoria geral da política**. Tradução Marco Aurélio Nogueira. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003, 173 p.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 19 ed. São Paulo: Malheiros, 2006, 808 p.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, 1988.

Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm> . Acesso em: 25 set. 2011.

_____. Lei de Diretrizes e Bases da Educação. Brasília, 1996. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 20 set. 2012.

_____. STF, ARE 639.337 AgR/SP. 2ª Turma. Rel. Min, Celso de Mello, DJe 15/09/2011. Disponível em:

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627428>>. Acesso em: 24 set. 2011 às 19:16.

BUCCI, Maria Paula Dallari. Controle judicial de políticas públicas: possibilidade e limites. **Fórum administrativo – direito público – FA**. Belo Horizonte, ano 9, n. 103, p. 7-16, set. 2009.

BURLE FILHO, José Emmanuel. Ação civil pública. Instrumento de educação democrática. In: Édis Milaré (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 361-372.

CARBONELL, Miguel. Eficacia de la constitución y derechos sociales: esbozo de algunos problemas. **Estudios constitucionales**, año 6, n. 2, 2008, p. 43-71.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed., 8. reimp. Coimbra: Almedina, 2003, 1522 p.

CAPPELLETTI, Mauro. **Juízes legisladores?** Tradução de Carlos Alberto Álvaro de Oliveira. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1999, 134 p.

CITTADINO, Gisele. Judicialização da política, constitucionalismo democrático e separação de Poderes. In: Luiz Werneck Vianna (org.), **A democracia e os três poderes no Brasil**, Belo Horizonte : UFMG , 2002, 17-42.

_____. Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia. **Alceu**, v. 5, n. 9, jul/dez 2004, p. 105-113.

COMPARATO, Fábio Konder. Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas. **Interesse Público**, n. 16, 2002. Disponível em:

<<http://www.amdjus.com.br/doutrina/constitucional/23.htm>>

CUNHA JÚNIOR, Dirley. A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional: a necessidade de uma revisão da teoria clássica da separação de poderes. In: André Tavares, George Salomão, Ingo Sarlet (orgs.), **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 265-290.

DUARTE, Clarice Seixas. A educação como um direito fundamental de natureza social. Educ. Soc., Campinas, vol. 28, n. 100 - Especial, p. 691-713, out. 2007 691 Disponível em: <<http://www.scielo.br/pdf/es/v28n100/a0428100>>. Acesso em: 10 set. 2012.

_____. Direito público subjetivo e políticas educacionais. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (organizadora). **Políticas públicas, reflexões sobre o conceito jurídico**. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 267-278.

FACHIN, Zulmar. Funções do poder judiciário na sociedade contemporânea. In: George Salomão e Ingo Sarlet, **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2012, p 559-574.

FERRAZ JUNIOR, Tércio Sampaio. O judiciário frente à divisão dos poderes: um princípio em decadência? **Revista USP**: Dossiê Judiciário, n. 21, p. 12-21, São Paulo, mar./mai., 1994. Acesso em:<<http://www.usp.br/revistausp/21/02-tercio.pdf>>

FERREIRA FILHO, Manuel Gonçalves. **Aspectos do direito constitucional contemporâneo**. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2011, 377 p.

_____. **Direitos humanos fundamentais**. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2007, 197 p.

FRANÇA. Declaração dos direitos do homem e do cidadão. 1789. Disponível em: <http://pfdc.pgr.mpf.gov.br/atuacao-e-conteudos-de-apoio/legislacao/direitos-humanos/declar_dir_homem_cidadao.pdf>

FREIRE, Paulo. **Educação e mudança**. Tradução de Moacir Gadotti e Lillian Lopes Martin. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2003.

FRONTINI, Paulo Salvador. Ação civil pública e separação dos poderes do estado. In: Édis Milaré (coord.). **Ação civil pública: lei 7.347/1985 – 15 anos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 668-706.

GARAPON, Antoine. **O guardador de promessas: justiça e democracia**. Lisboa: Instituto Piaget, 1996, 294 p.

GICO, Vânia e LIMA, Walber. O direito fundamental à educação no Brasil e sua efetividade. In: George Salomão e Ingo Sarlet, **Jurisdição constitucional, democracia e direitos fundamentais**. Salvador: Juspodium, 2012, p 489-508.

GRIMM, Dieter. Jurisdição constitucional e democracia. **Revista de Direito do Estado**. Ano 1, n. 4, out/dez 2006, p. 3-22.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle das políticas públicas pelo poder judiciário. **Revista do curso de direito da faculdade de humanidades e direito**. V. 7. N. 7, 2010.

HESSE, Konrad. Significado dos direitos fundamentais. In: **Temas fundamentais do direito constitucional**. Textos selecionados e traduzidos por Carlos dos Santos

Almeida, Gilmar Ferreira Mendes, Inocência Mártires Coelho. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 23 – 72. (série IDP)

JUNIOR, Osvaldo Canela. **Controle judicial de políticas públicas**. São Paulo: Saraiva, 2011, 193 p.

LEITE, George e LEITE, Glauco. A jurisdição constitucional no Estado de Direito Legatário e no Estado constitucional. In: André Tavares, George Salomão, Ingo Sarlet (orgs.), **Estado constitucional e organização do poder**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 315-344.

MAUS, Ingeborg. Judiciário como superego da sociedade: o papel da atividade jurisprudencial na “sociedade órfã”. Tradução Martonio Lima e Paulo Albuquerque. **Novos estudos CEBRAP**. n. 58, nov. 2000. p. 183-202

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Eficácia das normas constitucionais e direitos sociais**. 1. ed. 3 tiragem. São Paulo: Malheiros Editores, 2011, 62 p.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocência Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008. 1432 p.

MONTESQUIEU, Charles de Secondat, Baron de. **Do espírito das leis**. Tradução: Roberto Leal Ferreira. São Paulo: Martin Claret, 2010.

NUNES, Jorge Amaury Maia. Separação de poderes, legitimação do poder judiciário e consequencialismo. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, Brasília, v. 22, n. 11, p. 25-33, nov. 2010. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/35706>>. Acesso em: 24 set. 2012.

PIÇARRA, Nuno. **A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional: um contributo para o estudo das suas origens e evolução**. Coimbra: Coimbra editora, 1989, 281 p.

PIOVESAN, Flávia. Justiciabilidade dos direitos sociais e econômicos: desafios e perspectivas. In: CANOTILHO, J. J. Gomes, CORREIA, Marcus Orione Gonçalves e CORREIA, Érica Paula Barcha. **Direitos fundamentais sociais**. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 53-69.

REALE, Miguel. **Lições preliminares de direito**. 27 ed. São Paulo: Saraiva, 2002, 391 p.

ROCHA, Carmem Lúcia. O Constitucionalismo Contemporâneo e a instrumentalização para a eficácia dos direitos fundamentais. **Revista do CEJ do Conselho da Justiça Federal**, vol. 1, n. 3, set./dez. 1997, p. 76-91. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/viewArticle/116/159>>. Acesso em: 28 set. 2012 às 12:00.

ROSENN, Keith S. **O jeito na cultura jurídica brasileira**. Rio de Janeiro: Renovar, 1998, 131 p.

SARLET, Ingo Wolfgang. **A eficácia dos direitos fundamentais**. 8. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 301-305.

SARMENTO, Daniel. **A ponderação de interesses na constituição federal**. 1. ed. 2. Tiragem. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, 220 p.

_____. A proteção judicial dos direitos sociais: alguns parâmetros ético-jurídicos. In: Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (orgs.), **Direitos Sociais - Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 553-586.

SILVA, Virgílio Afonso da. O judiciário e as políticas públicas: entre transformação social e obstáculos à realização dos direitos sociais. In: Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (orgs.), **Direitos Sociais - Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 587-599.

STRECK, Lenio Luiz. **Verdade e consenso: constituição, hermenêutica e teorias discursivas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. Cap. 1, p. 1-11.

TAVARES, André Ramos. Direito fundamental à educação. In: Cláudio Pereira e Daniel Sarmento (orgs.), **Direitos Sociais - Fundamentos, Judicialização e Direitos Sociais em Espécie**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 771-788.

TRINDADE, Antônio Augusto Cançado. Posfácio. In: **Os rumos do direito internacional dos direitos humanos: ensaios em homenagem ao professor Antônio Augusto Cançado Trindade**. Tomo 6, Porto Alegre : Sergio Antonio Fabris, 2005, p. 622-625

VIANNA, Luiz Werneck *et al.* **A judicialização da política e das relações sociais no Brasil**. Rio de Janeiro: Revan, 1999.

_____. Apresentação. In: Luiz Werneck Vianna (org.), **A democracia e os três poderes no Brasil**, Belo Horizonte : UFMG , 2002, p. 7-16.

XIMENES, Julia Maurmann; RIBEIRO, Ana Cândida Eugênio Pinto. Efetivação dos direitos fundamentais e ativismo judicial. Uma proposta de análise empírica. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 14, n. 2306, 24 out. 2009. Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/13752>>. Acesso em: 7 set. 2011.

ZIPPELIUS, Reinhold. **Teoria Geral do Estado**. Tradução de Karin Praefke-Aires Coutinho. Organização de J. J. Gomes Canotilho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997. p. 400-418.